Das Sparkassenbuch und seine Übertragung.

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

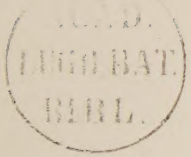
zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Ernst Tichauer,

Referendar.



Görlitz 1907.

Buchdruckerei Eugen Munde.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.

Korreferent: Professor Dr. Dahn.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548224_0090

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Literaturverzeichnis	6
§ 1.	Einleitung	9
§ 2.	Hauptteil: Charakterisierung des Sparkassenvertrages. Entstehung des Sparkassenbuches	10
§ 3.	Eine Trennung von Sparkassenbuch und Forderung wird durch die Bestimmungen der §§ 402, 809 fg. B. G. B. nicht verhindert	13
§ 4.	Ist das Sparkassenbuch ein Wertpapier?	14
§ 5.	Charakterisierung der Wertpapiertheorien	17
§ 6.	Das Sparkassenbuch ist ein Wertpapier	22
§ 7.	Weiterer Beweis für den Wertpapiercharakter des Sparkassenbuches. Der § 371 Abs. 2 B. G. B. bleibt ausser Betracht	24
§ 8.	Das Sparkassenbuch ist kein Inhaberwertpapier, sondern Rektawertpapier mit Legitimationsklausel. Die Übertragung folgt streng schuldrechtlichen Grundsätzen	26
§ 9.	Verhältnis zwischen Sparkassenbuch und Sparkassenforderung	57

Literaturverzeichnis.

K. Adler in Grünhuts Zeitschrift des Handelsrechts. Bd. XXVI.

Archiv für Rechtsfälle des Kgl. Obertribunal. Striethorst. Berlin.

Bender, Der Verkehr mit Staatspapieren im Inlande und Auslande. Göttingen 1830.

Biermann, Das Sachenrecht des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.

Blätter für Genossenschaftswesen, begründet von Dr. Schultze-Delitzsch, herausgegeben von Dr. Hans Crüger. Bd. 1903. No. 24.

Bluntschli-Dahn, Deutsches Privatrecht. 1864.

Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts. Bd. II.

Cohn in Gruchot. Bd. XXXIII.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II. 3. Aufl. 1901.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen 1902.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. Berlin 1903.

— Preussisches Privatrecht. 5. Aufl. Halle 1894.

— Das bürgerliche Recht. Bd. III. Halle 1898.

Deutsche Juristenzeitung. Bd. V. 1903. Herausgegeben von Laband-Stenglein-Staub.

Doerr, Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben im Gerichtssaal No. 52.

Engelmann, Das preussische Privatrecht. 6. Aufl. 1896.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. und 2. Aufl. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civil- und Strafsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Ehrenberg, Versicherungsrecht. Leipzig 1893.

Exner, Dr. Adolf, Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Rechte. 1873.

Feisenberger, Die widerrechtliche Hebung fremder Sparguthaben. Marburger Inaug.-Dissert. 1895.

Fischer, Otto, Lehrbuch des preussischen Privatrechts. 1887.

Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B. München 1902. 5. Aufl.

Förster, Preussisches Privatrecht. Berlin 1868. Bd. III.

Goldschmidt und Laband, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Erlangen.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl.

Gareis, Lehrbuch des Handels-, Wechsels- und Seerechts. 7. Aufl. Berlin 1903.

— Über Legitimationszeichen in Busch's Archiv für Theorie und Praxis des Handels- und Wechselrechts. Bd. XXXIV.

Gaupp-Stein, Die Civilprozessordnung. 4. Aufl. Tübingen 1901.

Gierke in Goldschmidts Zeitschrift. Bd. XXIX.

— Deutsches Privatrecht. Bd. II, S. 88 fg. 1903.

v. Gerber, System des deutschen Privatrechts.

Grünhut, Wechselrecht. Leipzig 1897.

Gnuse, Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben. Ein Beitrag zur Feststellung ihres strafrechtlichen Charakters. Dissert. Erlangen 1904.

v. Hahn, Kommentar zum Handelsrecht. 2. Aufl.

Hartmann, Der Diebstahl an Sparkassenbüchern im Archiv für Strafrecht. Bd. 40. 1892.

Hedemann in Ihrings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes. Bd. 48. 1904.

Höltzenbein, Das Sparkassenbuch. 1896.

Jacobi, Die Wertpapiere im bürgerlichen Recht. Jena 1901.

— Das Wertpapier als Legitimationsmittel (1906) in den Abhandlungen Bd. XIV, Heft 1 zum Privatrecht und Civilprozess des deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer.

Kohler, Archiv für bürgerliches Recht. Bd. VI.

Koch in Holtzendorffs Rechtslexikon. Bd. III. 3. Aufl.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. Berlin 1903.

Kuntze, Inhaberpapiere. Leipzig 1857.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1904.

Lehmann, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1902.

v Liszt, Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.

Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 3. Aufl. 1885.

Mathiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Berlin 1898.

Meissner, Kommentar zum B. G. B. 1898.

Motive zum Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Berlin 1903.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Ortmann in Schwarzes Gerichtszeitung. Bd. 24.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs zum B. G. B. 1898.
Planck, Kommentar zum B. G B. 1. und 2. Aufl.
Rehbein, Entscheidungen des Obertribunals. Bd. I und III.
Rosenthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 4. Aufl.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess, herausgegeben von Hoffmann-Wulfes.
Seuffert, Lothar, Kommentar zur Civilprozessordnung. 8. Aufl. 1902.
J. A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. München.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts. Bd III. 2. Aufl. 1885.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle.
Strohal in „Das Recht", Rundschau für den deutschen Juristenstand. Bd. VII. 1901.
Strohal in Ihrings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes. Bd. 34.
Struckmann-Koch, Die Civilprozessordnung. 7. Aufl. Berlin 1900.
Schneider in der Sparkasse (volkswirtschaftliche Zeitschrift) 1892. No. 242.
Schneider, Rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. XIV. 1894.
Schwartz, Über die rechtliche Natur des Sparkassenbuches. Dissert. Rostock 1902.
Staub, Wechselordnung. 2. und 3. Aufl.
— Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1894.
Staudinger, Kommentar zum B. G. B. für das deutsche Reich Bd. II. München 1901.
Thöl, Das Handelsrecht. Bd. I. 6. Aufl. 1879.
Wilmowsky-Levy, Civilprozessordnung. 5. Aufl. Berlin 1889.
Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl.

§ 1.

Einleitung.

Im täglichen Verkehre macht man sehr oft die Wahrnehmung, dass das Publikum von „verkaufen“, „versetzen“, „verschenken“ und sogar von „in Zahlung geben“ von Sparkassenbüchern spricht.

Vermutlich von gleichen Voraussetzungen ausgehend, findet sich auch die Rechtsüberzeugung von Laien vertreten, dass derjenige, der ein fremdes Sparkassenbuch aus fremden Gewahrsam in der Absicht entwendet, sei es nun, um sich der bei einer Sparkasse eingezahlten Beträge ganz zu bemächtigen, oder, nachdem er sich nur einen Teil der Einlagen rechtswidrig zugeeignet hat, das Buch in den Besitz des Berechtigten wieder zurückzuschaffen, gleichwohl als Dieb bestraft werden müsste.

Zum besseren Verständnis der nachstehenden Erörterungen mag ein Fall dienen, wie er zum Beispiel das O. L. G. Dresden im Jahre 1902 (abgedruckt im Sächsischen Archiv Bd. XIII. S. 93) beschäftigt hat:

Frau *A.* übergibt der Frau *B.* ein Sparkassenbuch mit den Worten: Hier, haben Sie mein Sparkassenbuch; es ist Alles, was ich habe; machen Sie mit dem Buche, was Sie wollen! Frau *B.*, welche das Buch an sich genommen hat, legt eines Tages das Buch der Sparkasse zur Zahlung vor, wird aber abgewiesen, weil von dem Erben der inzwischen verstorbenen Frau *A*, ein Sperrvermerk beantragt und auch eingetragen worden ist. Der Erbe, verklagt, in die Aufhebung des Sperrvermerks zu willigen, wendet ein, dass der

Klägerin von der Erblasserin zwar „das Buch“ übergeben und übertragen, nicht aber auch damit gleichzeitig die „Forderung“ abgetreten worden sei. Diese Behauptungen der Klägerin und Einwendungen des Beklagten werden den Ausgangspunkt für unsere Untersuchungen bilden.

§ 2.

Charakterisierung des Sparkassenvertrages.

Entstehung des Sparkassenbuches.

Genügt eine einfache Uebergabe des Buches zur vollgültigen Uebertragung auch der Forderung oder ist nur der abstrakte formlose Ueberlassungsvertrag — die Cession des römischen Rechtes — geeignet, die Uebertragung rechtswirksam zu gestalten?

Bei der Lösung dieser Frage gingen die Ansichten nicht erst nach heutigem Rechte, sondern schon nach früherem auseinander. Hervorgerufen wurde diese Uneinigkeit durch die zweifelhafte Natur einmal des Sparkassenvertrages und dann des Sparkassenbuches selbst.

Dies geht soweit, dass das Buch ein monstrum, seine Definition ein juristisches Rätsel genannt worden ist[1]).

Ist der Sparkassenvertrag ein Darlehn (mutuum) oder ein sogen. unregelmässiger Verwahrungsvertrag (depositum irregulare)? Bei beiden Vertragstypen erlangt man ein Forderungsrecht auf Sachen gleicher Art, Güte und Menge, sodass dem Erfolge nach beide Vertragsarten hinsichtlich des zu leistenden Gegenstandes einander gleichwertig sind. Abgesehen davon, dass die Vorschriften über den Verwahrungsvertrag für die Zeit und den Ort der Rückgabe bestimmend sind (§ 700 Abs. 1 Satz 3 B. G. B.), weicht im übrigen nur die Ausdrucksweise von einander ab. Dort spricht man von „Hingeben“, hier von „Hinterlegen“ des Gegenstandes. Ein inneres Moment kommt also in Betracht, was Windscheid (8. Aufl. Bd. II S. 566) die Intention der Kontrahenten genannt hat. Gemeint ist, in wessen Interesse eigentlich der Vertrag abgeschlossen wird. Da es sich in

[1]) Schneider S. 34 fg. Höltzenbein § 1, ähnlich R. G. in Strafsachen vom 29. X. 1894.

dieser Hinsicht zeigen muss, dass bei dem Sparkassenbuche beider Vorteil gewahrt wird, gilt es zuzusehen, auf wessen Seite das überwiegende Interesse liegt. Hierbei gibt zunächst den Ausschlag der allgemeine Zweck, der durch die Gründung von staatlichen oder städtischen Sparkasseneinrichtungen verfolgt wird. Dass diese Anstalten aus den eingezahlten Beträgen Vermögensvorteile selbständiger Art nicht ziehen sollen, dürfte kaum bestritten werden. Dem widerspricht auch nicht die den Sparkassen regelmässig auferlegte Verpflichtung, die eingezahlten Gelder nicht brach liegen zu lassen, vielmehr weiter verzinslich anzulegen, um etwaige Fondsverluste decken zu helfen. Im Gegenteil, gerade diese Tatsache bestätigt die Annahme, dass, wenn auch nicht in ausschliesslichem Interesse des Einzahlenden, so doch wenigstens überwiegend zu seinem Vorteil der Vertrag abgeschlossen wird. Dem kleinen Manne wollen die Sparkasseneinrichtungen zu gute kommen; ihm soll die Möglichkeit geboten sein, seine Ersparnisse sicher und gut anlegen und, falls notwendig, bequem ohne viele Aufwendung wieder ganz oder teilweise abnehmen zu können.

Während aber das gemeine Recht eine reinliche Scheidung zwischen mutuum und depositum irregulare aufrecht hielt (vergleiche Windscheid § 379)[1]), verwischte sich im

[1]) Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Niemeyer „depositum irregulare". Halle a. S. 1889. Niemeyer sucht einmal nachzuweisen, dass der Ausdruck dep. irreg. gar nicht klassisch römischen Ursprungs sei, sondern zum erstenmale von dem Schriftsteller Jason de Maino (zu l. 4 D. 12, 1) [anno 1485] erwähnt werde. (Einleitung S. VII a. a. O. S. 78, 109 fg.; weiter aber, dass der Ausdruck dep. irreg. gar keinen absoluten Begriff decke, vielmehr lediglich in das Gebiet der Nomenklatur falle. Unter Verwerfung der von Windscheid so sehr betonten „Intention" des „Interesses" als einer nur subjektiven Zweckvorstellung (S. 50), welche mithin als „Motiv" das ausschlaggebende Moment nicht bilden könnte, gelangt Niemeyer zu dem Ergebnis, dass jede Begriffsbestimmung, welche das Schwergewicht auf die „Irregularität" legt, in sich selbst zusammenfällt und dass die dep. irreg. nichts weiter als ein Anwendungsfall des Darlehns und mithin nach dessen Grundsätzen allein zu beurteilen ist (S. 139 fg.). Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, dass die aus den Verhandlungen der Parteien bei richtiger Auslegung ersichtliche Zweckvorstellung mehr sein muss als ein unerhebliches Motiv.

A. L. R. in I, 14 §§ 82—84 der Unterschied[1]), indem dem depositum irregulare keine weitere Selbständigkeit eingeräumt wird. Und das B. G. B. in § 700 geht soweit, dass nur noch in einigen Punkten die Bestimmungen über Hinterlegung eingreifen, z. B. Ort und Zeit der Rückgabe, im übrigen aber Darlehnsgrundsätze entscheiden.

Wenn also die Vorschriften des Darlehns zur Anwendung kommen sollen, so muss die Sparkasse eine Urkunde darüber ausstellen, dass sie Geld empfangen und dass der Einzahlende ein Forderungsrecht erlangt hat. Zunächst im Interesse der Beweisführung für den Fall eines Prozesses, eine Funktion, wie sie ja jeder andere Darlehnsschuldschein auszuüben hat. Ob diese Urkunde unserem Sparkassenbuch ausserdem noch einen anderen Zweck zu erreichen ermöglichen soll, kann hier ausser Betracht bleiben. Auf diese Weise müsste eigentlich für jede neue Einzahlung eine neue Beweisurkunde gefertigt werden: nur mit Rücksicht auf Uebersichtlichkeit und bequeme Handhabung wird die einmal ausgestellte Urkunde weiter verwendet, ohne die Selbständigkeit der einzelnen Eintragungen in Frage zu stellen, wie Habicht S. 347 es glaubt, wenn er sowohl die vor 1900 wie die nach 1900 geschehenen Abtretungen dem neuen Rechte zu unterwerfen vorschlägt (richtig Leonhard in Ecks Vorträgen Bd. III S 289).

Eine Eintragung wird der anderen zugeschrieben, und so wie der einzelne Vermerk ein Beweismittel darstellt, so bilden es auch alle zusammen.

Das Sparkassenbuch ist nach den bisherigen Erörterungen nichts weiter als eine Beweisurkunde. Zu diesem Ergebnis kommen alle Schriftsteller, welche die rechtliche Natur des Sparkassenbuches behandeln[2]).

[1]) Dernburg Bd. II § 211 Anm. 15, will allerdings aus den gesetzlichen Bestimmungen besondere Regeln für das depositum irregulare herauslesen, stellt sich aber damit, und zwar soweit wir übersehen können, allein in Gegensatz zu dem klaren und nicht misszuverstehenden Wortlaute des A. L. R. (Vergl. Förster-Eccius Bd. II § 139 Anm. 71. Fischer, Pr. Privatrecht S. 455. Engelmann, Pr. Privatrecht S. 306. R. G. Bd. XI S. 322.)

[2]) Vergl. Stobbe-Lehmann Deutsches Privatrecht Bd. III S. 498. Dernburg, Pr. Privatrecht Bd. II § 88. Striethorst, Archiv

Mit dieser Erkenntnis wäre eigentlich vieles erreicht. Schwierigkeiten beginnen bereits bei Beantwortung der Frage, in welcher Weise das Gesetz einen Zusammenhang von Beweisurkunde und Forderungsrecht gestaltet hat.

§ 3.

Eine Trennung von Sparkassenbuch und Forderung wird durch die Bestimmungen der §§ 402, 809 fg. B. G. B. nicht verhindert.

Man könnte ja leicht zur Ansicht gelangen, dass das B. G. B. in § 402, wonach der bisherige Gläubiger dem neuen Gläubiger die zum Beweise der Forderung dienenden, in seinem Besitz befindlichen Urkunden herauszugeben hat, eine ausreichende Regelung in diesem Punkte geschaffen habe. Denn wenn auch eine Divergenz von Sparkassenguthaben und Urkunde anfangs dadurch vorkommen könne, dass nämlich der Cedent dem Cessionar aus irgend einem Grunde nicht gleich bei der Abtretung das Buch übergäbe, so sei eine endgültige Trennung schliesslich doch ausgeschlossen.

Nach § 402 B. G. B. hat der bisherige Gläubiger auf Verlangen dem neuen Gläubiger also nicht bloss Offerten, Annahmen und sonstige bezügliche Korrespondenz, sondern auch die zur Geltendmachung notwendigen Unterlagen auszuliefern. Das ist aber nur insoweit möglich, als sich diese Urkunden im Besitze des bisherigen Gläubigers befinden. Wenn der ursprüngliche Gläubiger bestreitet, im Besitze der Urkunden zu sein, so werden civilprozessualische Mittel dem Cessionar zu dem von ihm begehrten Ziele verhelfen. Aber dieser Fall ist der weniger wichtige. Die Stellung des § 402 B. G. B. im Rechte der Schuldverhältnisse zeigt deutlich, dass er nur unter den Beteiligten Geltung beanspruchen kann.

Bd. 56 S. 79. Seuffert's Archiv Bd. 23 No. 17. Sächs. Archiv, Bd. XII S. 226; Bd. XIII S. 93, bereits etwas weitergehend. Gruchot, Bd. XXV S. 721. Gruchot Bd. XXII S. 660. Gerber, Deutsch. Privatrecht § 161 Note 1. Gareis in Busch' Archiv, Bd. 34 S. 107.

Welche Handhabe gibt das Gesetz dem Cessionar einem Dritten gegenüber, der z. B. durch Tradition die Urkunde erworben und in seinem Besitze hat?

Diesem könnten höchstens die §§ 809 fg. B. G. B. entgegen gehalten werden; aber ihre Verwendung führt nur zu ganz geringwertigen Erfolgen für den Cessionar. Die ihm vom Gesetz gebotene Möglichkeit, die Urkunde zur Einsicht sich vorlegen zu lassen und sich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, die Urkunde an einem von ihm selbst zu bestimmenden Orte vorlegen zu lassen, bringt ihm in der Regel nur geringen Nutzen. Weitere Befugnisse, insbesondere die Urkunde jederzeit benutzen zu dürfen, stehen ihm nicht zu.

Wir sehen also, dass gerade für den wichtigen Fall die Bestimmungen des II. Abschnitts des B. G. B dem Cessionar keinen genügenden Schutz gewähren. In welcher Weise an dieser Stelle das geltende Recht eingegriffen und Vorkehrungen getroffen hat, soll weiter unten nachgewiesen werden. (Vergl. S. 58 fg. d. A.)

§ 4.

Ist das Sparkassenbuch ein Wertpapier?

Eben dieser erwähnten Schwierigkeiten ist man sich bald nach Begründung der Sparkassen-Einrichtungen bewusst gewesen. Das Streben ging deshalb dahin, das Buch, welches nach seinem ganzen Werdegange eine Beweisurkunde sein musste und nur eine solche sein konnte, in eine nähere und festere Verbindung mit der Forderung zu bringen. Man glaubte an die übrigens ganz verständliche Anschauung anknüpfen zu dürfen, dass das Sparkassenbuch aus der ihm zugewiesenen untergeordneten Stellung gegenüber der Forderung heraustreten und dass ihm vermöge seiner nach aussen hervortretenden Gestalt der Vorzug vor dem unkörperlichen Forderungsrechte gebühren müsste. Bestärkt wurde man in dieser Anschauung durch gewisse später noch zu erörternde speziell für das Sparkassenbuch geltende Bestimmungen[1]). Es lag und liegt nahe, das Sparkassenbuch

[1]) Cosack-Gerber 17. Aufl. § 257 S. 434: „Bei dem hinkenden Inhaberpapiere ist wie beim Wertpapier eine enge Verbindung

mit dem scheinbar feststehenden Begriffe eines Wertpapiers in Verbindung zu bringen.

Indess von einem feststehenden Begriffe kann nur scheinbar die Rede sein. Denn darüber herrscht Einstimmigkeit, dass vom Gesetz keine ausdrückliche Definition gegeben wird. Der Hinweis auf die in der heutigen Gesetzestechnik streng durchgeführte oder wenigstens streng durchzuführen beabsichtigte gleiche Anwendung von Begriffsbestimmungen kann leicht an dieser Stelle zu der Ansicht verleiten, aus dem Wortlaute der Gesetze übereinstimmende Momente für eine Definition der Wertpapiere herauszulesen. Unter den vielen Stellen — man vergl. §§ 372 fg. 793, 1814, 1818 B. G. B., § 179 H. G. B., § 169 Zw. V. G., 821, 831 C. P. O. u. a. m. — soll eine aus dem H. G. B. § 369 und eine aus dem B. G. B. § 702 in Betracht gezogen werden, schon deswegen, weil das H. G. B. nach gemeiner Meinung nur eine Ergänzung des B. G. B. bildet.

§ 369 H. G. B. im Zusammenhang mit § 371 spricht von dem Zurückbehaltungsrechte des Kaufmanns an Sachen und Wertpapieren. Es wird eine Gleichstellung der Wertpapiere mit den körperlichen Gegenständen insoweit beabsichtigt, als sie dem Kaufmann nicht bloss ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne der §§ 273 B. G. B. gewähren, ihm

---

zwischen dem Besitzer des Papieres und dem im Papiere verbrieften Rechte anerkannt.“ C. F. Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. 8. Aufl. Bd. II S. 311 Anm. 11 zu § 4, 15. Titel: „Sparbücher sind schriftliche Urkunden, über ein Recht, von deren Besitz dem Schuldner gegenüber die Ausübung des Rechtes bedingt ist, und die daher recht eigentlich als Träger und Repräsentanten des Forderungsrechtes anzusehen sind.“ (Vgl. Ober-Trib. IV. vom 7. Januar 1868. Strit. Arch. 69. S. 263.) Heidlen, B. G. B. nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten (1897). Zweites Buch S. 913 Mitte: „Die flüssige Grenze zwischen den Inhaberpapieren im engeren Sinne und den Legitimationspapieren macht es notwendig, beide Kategorien unter dieselben gesetzlichen Bestimmungen zu stellen, damit nicht die Rechtssicherheit gefährdet wird.“ Vgl. ferner Stobbe, zur Geschichte der Uebertragung von Forderungsrechten und der Inhaberpapiere Z. f. H. R. 11. S. 397 fg., besonders § 428.

nicht bloss die Möglichkeit verschaffen, durch Herausgabeverweigerung der in seinem Besitze befindlichen Gegenstände den vertraglich Verpflichteten zur Leistung zu zwingen, sondern ihm auch durch Pfandrechtseinräumung Gelegenheit geben, durch öffentlichen Verkauf oder eine andere solchem Verkauf gleichstehende Verwertungsart sich zu befriedigen. Erwägt man, dass der Handelsverkehr eine schnelle, kurze und dabei einfache Erledigung schwebender Fragen erstrebt, dass vor allem die objektive Beschaffenheit des Papiers, seine Form und sein Inhalt entscheidet[1]), dann können nur sog. Inhaberpapiere, welche sachenrechtlichen Grundsätzen unterworfen sind (vgl. weiter unten S. 37), allenfalls noch die durch Blankoindossament übertragbaren sog. Ordrepapiere von dem erwähnten Paragraphen mitbetroffen werden. (Vgl. R. G. Bd. XX S. 18.) Noch andere Forderungsrechte, die mit Urkunden in irgend einer Weise in Verbindung stehen können, dem Inhalte des § 369 H. G. B. zuzurechnen, wie es Jacobi S. 17 vorschlägt, ist aus dem angeführten Grunde nicht angängig.

Weiter: § 702 B. G. B. sucht in Fortbildung an 1. 1. pr. D. nautae caup. (4. 9.) die dem Gastwirt auferlegte erhöhte Haftung dadurch einzuschränken, dass er die Haftung für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten auf 1000 Mark herabsetzt. Von diesem Gesichtspunkte aus müssen alle Urkunden betroffen werden, welche in Beziehung zu dem verwahrenden Wirte auch nur irgend einen Wert repräsentieren. Dass an dieser Stelle nicht besonders geartete Eigenschaften wie im Falle des § 369 H. G. B. in Betracht gezogen zu werden brauchen, ist wohl erklärlich. Neben diesen beiden gesetzlichen Bestimmungen, aus denen nach den obigen Ausführungen kein einheitlicher Begriff der Wertpapiere hergeleitet werden kann, lassen sich noch eine Reihe weiterer, den Begriff der Wertpapiere voraussetzender Vorschriften anführen. (§ 783 B. G. B. § 363 H. G. B. 592, 688, 794 C. P. O. u. a. m.) Aber auch sie zeigen, dass der Sprachgebrauch

[1]) Vgl. R. G. Bd. XVI S. 84, R. G. in Strfs. Bd. XI S. 429, Goldschmidt Handbuch d. H. R. Bd. I S. 552; von Hahn Kommentar zu Art. 313 a. F.

schwankt und das Gesetz den Wertpapierbegriff bald in engerem, bald in weiterem Sinne aufgefasst sehen will. (Vergl. die eingehenden Untersuchungen Jacobis: Wertpapiere, S. 11 fg.)

§ 5.

Charakterisierung der Wertpapiertheorien.

Noch unter das alte Recht fällt die von Thöl aufgestellte Begriffsbestimmung (Handelsrecht S. 632; ähnlich Motive E. I. des B. G. B. Bd. III S. 558). Thöl will jede Urkunde, die einen vermögensrechtlichen Inhalt hat, zu den Wertpapieren rechnen. (Handelsrecht 6. Aufl. Bd. I S. 632.) Nicht bloss Papiergeld, Eisenbahnbillete und Garderobenmarken sollen inbegriffen sein. Unter diesem Gesichtspunkte noch beliebig viel andere Urkunden mitzuverwerten, dürfte wohl nicht schwer fallen! So einleuchtend die von Thöl formulierte Theorie erscheint, so wenig wird durch sie der Zweck erreicht, den jede Definition zu erstreben hat. Man hat zwar eine Begriffsbestimmung, die für alle nur erdenklichen Urkunden anwendbar sein wird, aber auf ihr weiter aufzubauen erscheint ausgeschlossen.[1]) Die Aufgabe bleibt bestehen, unter dem aufgestellten Sammelbegriffe neue Grenzen zu ziehen. Mit Recht erklärt denn auch Brunner Bd. II S. 160 fg. die Thöl'sche Theorie für überflüssig, zum mindesten für unbrauchbar.

In das entgegengesetzte Extrem fällt Adler in Grünhuts Zeitschrift Bd. XXVI S. 27. Nach ihm kann die Urkunde nur dann Wertpapier-Eigenschaft haben, wenn sie leicht absatzfähig, negotiabel ist. Genügt z. B. die einfache Uebergabe eines Papieres, die Gläubigerschaft zu übertragen, dann liegt ein sog. Wertträger vor. Dann darf man von einer Verkörperung der Obligation im Papiere, von einer Repräsentation des Forderungsrechtes durch die Urkunde sprechen.[2])

[1]) Zutreffend meint deshalb auch das O. A. G. Dresden (Urteil vom 17. Januar 1861), Annalen III S. 398 fg., dass nach dieser Begriffsbestimmung eigentlich jeder schriftliche Kauf-, Miet- und Pachtvertrag als ein Creditpapier sich darstellte (vergl. Goldschmidt, Zeitschrift f. H., Bd. 9, S. 142. Adler, S. 23, Anm. 11).

[2]) Vergl. Cohn S. 598. von Hahn H. R. Bd. II S. 90 fg. R. G. Bd. VIII S. 375.

Infolgedessen muss das Ideal eines Wertpapieres im Sinne Adler's ein Inhaberpapier sein. Schon die Verpflichtung, unter Umständen weitere tatsächliche Handlungen vorzunehmen, um die Forderung zu übertragen, entkleidet nach Adler die Urkunde ihres Wertpapiercharakters. Dass die sog. Rektawertpapiere ausscheiden, erscheint damit nur selbstverständlich.

Nun können aber Papiere, die Inhaber- resp. Ordrepapiere gewesen sind, allgemein, ohne dass es besonderer weiterer Voraussetzung bedürfte, auf den Namen einer bestimmten Person umgeschrieben werden. Dadurch müssten diese Papiere aus der Kategorie der Wertpapiere von selbst ausscheiden.

Diese Ansicht vertritt auch Adler.

Ein an Ordre gestellter Wechsel, der, mit Adler zu sprechen, ein unvollkommenes Wertpapier bereits zu nennen ist, soll diese Eigenschaft verlieren, wenn ihm die Ordre-Klausel genommen wird! Im Gegenteil; nach wie vor bleibt der Wechsel Wertpapier, mögen auch die Indossamente nicht mehr wechselrechtliche Beurteilung erfahren. (Grünhut § 82. Crome Bd. II S. 959.)

Oder man ziehe die im Pr. und Gem. Rechte gestattete Ausserkurssetzung, durch welche die Inhabernatur der Inhaberpapiere aufgehoben, die Urkunden in Rektapapiere verwandelt wurden, und die Wiederinkurssetzung in Betracht, durch welche die Papiere in ihre ursprüngliche Form ohne Weiteres wieder eintraten. (Vergl. auch § 823 C. P. O.)

Ihr Charakter als Wertpapier, als Skriptur-Obligation, ist nicht aufgehoben: das Papier ist zur Geltendmachung insbesondere zur Einziehung der Zahlung nach wie vor notwendig. (Dernburg Pr. Privatr. 5. Aufl. Band I § 91a. Anfang S. 222.)

Und fragen wir uns, worin denn eigentlich der Massstab für die von Adler hervorgehobene Absatzfähigkeit liegen soll, so sehen wir, dass es Papiere gibt, welche wenigstens in beschränktem Umfange für den Verkehr sich eignen. Ein solches Zugeständnis macht schliesslich auch Adler, indem er den tatsächlich bestehenden wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechend verschiedene Abstufungen anerkennt.

Damit hat aber seine Begriffsbestimmung[1] [2] eine Ausdehnung und Ausdehnungsfähigkeit erreicht, wie sie Adler selbst wohl nicht gewünscht haben mag.

Den gleichen Standpunkt, nur streng durchgeführt, vertritt Staub. (H. G. B. Art. 271 § 7.) Auch er muss, von seiner Stellung aus allerdings verständlich, den Massenhandel, den Handelsverkehr heranziehen, um Rektapapiere von der Kategorie der Wertpapiere auszuschliessen. Ihn beeinflusst insbesondere die Erwägung, dass dem zur Leistung Verpflichteten nur solche Einwendungen entgegen gehalten werden sollten, welche sich aus der Ausstellung oder der Urkunde selbst ergeben. Dem Handelsverkehre, welcher rechtliche Unabhängigkeit des redlichen Erwerbers von dem Rechte des Vormannes (R. G. Bd. XVI S. 84) erfordern dürfe, würde mit Verteidigungen, die immer erst von Fall zu Fall dem Vorlegenden gegenüber geltend gemacht werden müssten, gar nicht gedient sein. Nur die streng durchgeführte, wir möchten sagen, sachenrechtliche Auffassung sei annehmbar. (Vergl. Prot. Bd. II. S. 559.)

Ist Adler von dem Interesse des Schuldners ausgegangen, so richtet Brunner (Endemanns Handbuch Bd. II S. 1 fg.) in seinem für die Definition der Wertpapiere bahnbrechenden Untersuchungen sein Augenmerk dem Gläubiger zu. Er zieht nicht so enge Grenzen, wie Staub, er dehnt sich aber auch nicht soweit aus, wie Thöl und Adler. Nicht darauf ist zu sehen, so führt Brunner aus, dass der Urkunde von vornherein die Eigenschaft eines Wertträgers[3])

---

[1]) Wertpapier ist eine Urkunde über ein Recht, welches, solange die Urkunde tatsächlich und rechtlich besteht, mit befreiender Wirkung nur von deren Inhaber ausgeübt werden kann. (Seite 25.)

[2]) Sparbücher sind unvollkommene Wertpapiere — Adler unterscheidet nämlich vollkommene und unvollkommene Wertpapiere — welchen die Eignung zum Massenhandel und die Vertretbarkeit abgeht, bei welchen aber doch eine Zirkulation in beschränkten Kreisen erwartet wird. (Seite 30.)

[3]) Gierke erblickt in diesen Papieren den Typus des normalen Wertpapiers (Deutsches Privatrecht S. 106 Anm. 6. 12 Lehmann. H. O. zur Theorie der Wertpapiere. 1890. Marburg. S. 5. fg.)

zusteht. Dieses sog. dispositive Papier ist für die Entstehung, aber eben nur für die Entstehung von Wichtigkeit: aber auch darauf kommt es nicht an, ob die Urkunde zunächst nur als schlichtes Beweismittel für ein ausserhalb ihrer selbst entstandenes Recht oder eines rechtlich erheblichen Vorganges dienen soll und erst nachher dadurch in den Vordergrund tritt, dass ohne ihr Vorhandensein das Recht überhaupt nicht wirksam geltend gemacht werden kann; auch darauf nicht, ob die Urkunde nur zu einmaligem Dienste bestimmt ist. (Vergl. noch Gierke in Zeitschrift für H. R. Bd. IX S. 254.) Die Hauptsache ist nur, dass die Urkunde für die Ausübung der Forderung überhaupt unentbehrlich wird, dass die Urkunde, welche vielleicht zu Anfang nur einen ausserhalb von ihr zu Stande gekommenen Vertrag zu beweisen hatte, da sein muss, um die darin beurkundeten Rechte ausüben zu helfen, und zwar bei der Weiterveräusserung wie bei der Geltendmachung des Rechtes selbst. Die Begriffsbestimmung Brunners lautet deshalb: Ein Wertpapier ist eine Urkunde über ein Privatrecht, deren Innehabung zur Geltendmachung[1]) des Rechtes notwendig ist. Die Erwähnung des Privatrechts erfolgt deshalb, weil Papiergeld z. B. ausscheiden sollte, dem durch einseitigen Willen des Staates oder durch Personen öffentlich-rechtlicher Natur die Eigenschaft eines Wertpapieres zugesprochen wird.

Mit anderen Worten: Solange der Gläubiger das Papier in Händen hat, solange ist ihm sein Recht auch gewährleistet. Mit dem Augenblick, wo er das Papier verliert oder das Papier sonstwie untergeht, sei es nun, dass es zerstört oder derart beschädigt wird, dass der wesentliche Inhalt und die Unterscheidungsmerkmale nicht mehr mit Sicherheit erkennbar sind (Gierke, Anm. 136 zu § 112), ist auch sein Recht vernichtet. Das ist die sog. Finaldefinition des Wertpapiers. (Gareis S. 644 für den Wechsel.) Es wird indessen behauptet, dass nicht das Recht unterginge, sondern dass vielmehr nur der Berechtigte dadurch dauernd verhindert würde, das ihm zustehende Recht auszuüben.[2])

[1]) Gierke S. 105 Anmerkg. 7 leugnet mit Unrecht das letztere.

[2]) Vergl. R. G. Bd. 33 S. 105 fg. Jacobi S. 115. Ehrenberg in Ihrings Jahrbüchern f. D. Bd. 34 S. 384.

Man wird aber ohne Frage zugeben müssen, dass das nichts weiter als ein Spiel mit leeren Worten ist. Denn es leuchtet wohl ein, dass mit dauernder Ausübungsunmöglichkeit auch der Wert des Rechtes auf Null sinkt; es ist eben nicht mehr vorhanden. Nur das Aufgebotsverfahren kann Ersatz schaffen, indem durch das auf eine ohne Erfolg durchgeführte Amortisation (§§ 946 fg. C. P. O.) ergehende Ausschlussurteil die abhanden gekommene Urkunde für den Berechtigten „rekonstruiert" und ein Aequivalent für die nicht mehr vorhandene Urkunde geschaffen wird. (Vergl. Schumm in Civ. Praxis Bd. XIII Anh. Jacobi S. 85 fg.)[1] Damit ist aber gezeigt, dass das Ausschlussurteil zu dem durch den Verlust eingebüssten Rechte wieder verhilft und nicht die Ausübung des trotz des Verlustes weiter fortbestehenden Rechtes ermöglicht (derselben Ansicht Pappenheim S. 355; a. M. Lehmann, Theorie S. 311)[2].

Es wird verhindert, dass der, welcher evtl. das Papier ohne Rechtsgrund erlangt hat, es wirksam weiter begeben und Vorteile aus seinem unredlichen Vorgehen erwerben kann, indem fingiert wird, dass das Papier noch in der Hand

[1]) Dass das Amortisationsverfahren von jeher bestanden hat, weist Dahn: Könige der Germanen, Bd. 8 S. 205, Bender: Der Verkehr mit Staatspapieren S. 340 fg., Gareis: Lehrb. des H. R. S. 618 fg. nach. Ausserdem Pr. Verordnung vom 9. Dezember 1809.

[2]) Mit Recht weist Pappenheim in „Krit. Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft", Bd. 8, 3. Folge, S. 338 fg., insbesondere S. 356) darauf hin, dass für eine Wechselschuld bei Untergang des Wechselbriefes weder Pfandbestellung noch Bürgschaftsverpflichtung wirksam erfolgen, dass auch die Wechselforderung weder im Inventar der Erben berücksichtigt, noch in der Inventur und der Bilanz des Kaufmanns Aufnahme finden kann; a. M. Jacobi (Abhandlungen zum Privatrecht und Civilprozess des Deutschen Reiches, herausgegeben von Fischer: Das Wertpapier als Legitimationsmittel 1906 [cit. Abhandlung] S. 20), nach dessen Ansicht der Verlierer des Wertpapiers durch das Aufgebotsverfahren nicht das Recht, sondern nur die Legitimation wieder erlangt; und diese Legitimation bewirkt nach Jacobi weiter (Wertpapiere S. 113, 286, Abhandlung S. 7. 20 fg.), dass der dritte Gutgläubige sich auf den Rechtsschein verlassen darf, dass der Inhaber der Berechtigte ist.

des früheren Besitzers existiert. Das Aufgebotsverfahren[1]) bildet mithin u. E. den besten Massstab für den Charakter eines Papieres als Wertpapier im Sinne Brunners. (a. M. die in den Prot. Bd. II S. 564 zitierten gutachtlichen Aeusserungen der Handelskammern.[2])

§ 6.

Das Sparkassenbuch ist ein Wertpapier.

Nachdem im vorigen Paragraphen die allgemein gültige Ansicht über Wertpapiere näher charakterisiert worden ist, soll nunmehr gezeigt werden, inwieweit das Sparkassenbuch hierunter zu subsumieren ist. Eine gesetzliche Definition des Sparkassenbuches nach dieser Richtung gibt es nicht. Sonst würde es nicht schwer fallen, die Anwendbarkeit der Wertpapierdefinition daraus abzuleiten. Weiter: Im Grunde genommen kann, worauf Schwartz S. 8 mit Recht hinweist, von einer allgemeinen Charakterisierung des Buches gar nicht die Rede sein, weil jede Sparkasse von Fall zu Fall in ihrem Statut „Bedingungen" für den mit ihr Paktierenden aufstellen darf, mithin die Natur des Buches nur aus den jedesmaligen Vereinbarungen zu folgern wäre. Übrigens kommt eine solche Vereinbarung zum grössten Teile durch stillschweigende, und damit einverstandene Annahme der schriftlich festgelegten Statuten zu Stande. Trotz dieser erwähnten theoretisch möglichen Abweichungen lässt sich in der Praxis die Beobachtung machen, dass gewisse Momente immer und immer wiederkehren. Das liegt daran,

[1]) Amortisierbar sind weiter Aktien- und Interimsscheine nach § 228 H. G. B., Kuxscheine nach Preussisch. Bergg. § 110, Grundpfandbriefe nach § 1162 B. G. B., während die Landesgesetze, die bei allen Namenpapieren mit der Präsentationsklausel, z. B. Badisches Gesetz vom 3. März 1879 § 105, Hessisches Gesetz vom 4. Juni 1879, Württembergisches Gesetz vom 18. August 1879 Art. 19, Anhalt vom 10. Mai 1879, die Kraftlos-Erklärung zuliessen, aufgehoben sind.

[2]) Die Einwendungen, dass einmal alle Vorschriften des heutigen Aufgebotsverfahrens (§§ 1162, 1170, 1171 u. a. m. B. G. B.) dispositiver Natur seien (vergl. Planck zu § 808 B. G. B.) und dann, dass es gewisse Wertpapiere gäbe, bei denen die Amortisierbarkeit kraft Gesetzes ausgeschlossen sei (vergl. § 799 Abs. 1 Satz 2 B. G. B.,

dass einige gesetzlich fixierte Bestimmungen allen Statuten als Vorlage und Vorbild dienen. Es handelt sich um das Pr. Reglement für das Sparkassenwesen vom 12. Dezember 1838, welches wohl im Anschluss an A. L. R. II, 8 §§ 138 fg. erlassen, in der Ges. S. von 1839 S. 5 fg publiziert ist, und, nebenbei erwähnt, dadurch, dass durch Artikel 99 E. G. B. G. B die Regelung dieser Materie den Landesgesetzen überlassen worden ist, auch nach 1900 gültig geblieben ist.

Auf diese den Statuten fast immer zu Grunde liegenden gesetzlichen Bestimmungen allein sollen sich die nachstehenden Erörterungen beschränken, während von etwaigen ausserordentlichen Abmachungen abgesehen werden soll. Vergleicht man den § 808 B. G. B., als diejenige Gesetzesstelle, welche hauptsächlich hier zu berücksichtigen wäre, mit den im Pr. Reglement interessierenden Stellen, so macht man die Wahrnehmung, dass § 808 neben anderen Papieren ganz besonders das uns beschäftigende Sparkassenbuch mit umfasst. In beiden heisst es fast wörtlich übereinstimmend:

> Wird eine Urkunde, in welcher der Gläubiger benannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben, dass die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann, so wird der Schuldner durch die Leistung an den Inhaber befreit . . .

ferner Reichsbank-G. vom 14. März 1875 § 4) können nicht vom Gegenteil überzeugen. Denn der erste Einwand trifft insoweit zu, als es selbstverständlich dem Belieben des Berechtigten überlassen bleiben muss, sich einen Ersatz für sein vom Untergang bedrohtes Recht zu verschaffen oder nicht. Der zweite Einwand fällt mit der Erkenntnis, dass die im § 799 B. G. B. aufgeführten Papiere geldähnlichen Charakter angenommen haben, dass sie somit nach Brunners Definition aus der privatrechtlichen Definition der Wertpapiere ausgeschieden sind. (Vergl. Fischer-Henle Anm. 5 zu § 799 B. G. B.)

Allenfalls wäre es berechtigt, den Artikel 73 W. O. anzuführen, da nach dieser Bestimmung noch oder, besser ausgedrückt, trotz des Amortisationsverfahrens der Wechselverpflichtete zur Zahlung angehalten werden dürfe. Aber diese Ausnahme ist nur scheinbar. Denn der Gläubiger kann erstens Zahlung nur fordern, wenn er Kaution leistet, und er kann weiter nur Hinterlegung des Betrages verlangen, also keine endgültige Tilgung.

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet. Ist die Urkunde abhanden gekommen, so kann sie für kraftlos erklärt werden.

Wir sehen, dass alle oben erörterten Merkmale des Wertpapiers zutreffen: Die Eigentümlichkeit der Urkundenvorlegungspflicht, zwecks Geltendmachung des Rechtes; ohne Rückgabemöglichkeit der Urkunde keine Berechtigung zur Zahlungsforderung; charakteristisch auch die Notwendigkeit des Urkundenaufgebotes, im Falle die Urkunde abhanden gekommen oder vernichtet ist. (Prot. Bd. II S. 564.)

§ 7.

Weiterer Beweis für den Wertpapiercharakter des Sparkassenbuches.

Der § 371 B. G. B. Abs. 2 bleibt ausser Betracht.

Ein weiterer Beweis dafür, dass das Sparkassenbuch zwar seiner Entstehung nach einem Darlehnsschuldscheine gleichzustellen ist, seine Funktionen aber im Übrigen darüber hinaus gehen, ergibt sich bei der Lösung der Frage, ob auch andere Bestimmungen über Schuldscheine zur Anwendung gelangen. Es interessiert an dieser Stelle insbesondere der § 371 B. G. B.

Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen.

Behauptet der Gläubiger zur Rückgabe ausser Stande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, dass die Schuld erloschen sei.

Vorausgesetzt wird also, dass zunächst der Schuldner ein Interesse daran haben muss, alle Urkunden, welche eine ihm obliegende Verpflichtung beweisen, nach Erfüllung in seinen Besitz zu bekommen. Nun tritt der Gläubiger mit der Behauptung auf, zur Rückgabe der Urkunde ausser Stande zu sein. Aus welchem Grunde, wird er in den meisten Fällen nicht verraten. Denn der Fall, den Dernburg (B. R. II S. 261) erwähnt, dass jemand ledig-

lich aus Chikane so vorgehe, dürfte doch höchst selten vorkommen. Im Gegenteil, hier wird es sich meistenteils um ein betrügerisches Manöver des Gläubigers handeln. (Hedemann, S. 50 fg.) Soll etwa die Sparkasse schon auf diese Erklärung hin sich mit einem öffentlich beglaubigten Mortifikationsscheine begnügen, dass die Forderung erloschen sei? Eine derartige Erklärung muss der Sparkasse gegenüber nicht bloss wertlos sein, sondern darf überhaupt nicht ihr gegenüber in Betracht kommen, schon deswegen, weil man bei dem sich schnell und vor allem glatt abzuwickelnden Geschäftsgange der Sparkasse dieser gar nicht erst zumuten darf, die ihr nach § 371 Abs. 2 B. G. B. zustehende Befugnis — sie kann verlangen — auszuüben.

Man wird vielleicht entgegenhalten, dass für die Sparkasse doch keine Gefahr bestehen könne, wenn man sich nur die Ansicht zu eigen macht, die Hedemann eingehend verteidigt. (Ihrings J. B. f. d. D. d. b. R. Bd. 48 (1904) S. 55 fg.)

Hedemann knüpft dort an die Begründung des Entwurfs II. S. 1. S. 68 fg. an, dass nämlich dem Gläubiger die Last nicht aufgebürdet werden sollte, erst seinerseits den Beweis zu liefern, dass ihm die Herausgabe des Schuldscheines nicht möglich sei; demgegenüber weist Hedemann einmal nach, dass das Gesetz bereits in einem anderen Falle den Verpflichteten zwingt, seine subjektive Unmöglichkeit, sein Unvermögen zu einer Leistung nachzuweisen. (Oertmann Anm. 3 zu § 280 B. G. B. § 275 B. G. B.) Dann kommt es aber vor allem darauf an, wessen Interesse grössere Aufmerksamkeit beansprucht, das des Gläubigers oder das des Schuldners. Unzweifelhaft das Interesse des Schuldners: Zunächst sprechen Gründe moralischer Art dafür, wie die Absicht des Gläubigers später vielleicht den Schuldner durch Aufdeckung seiner mangelnden geschäftlichen Tüchtigkeit, seines geringen Ordnungssinnes blosszustellen und seinen Geschäftskredit zu untergraben oder zu gefährden. (Hedemann S. 90.) Weiter: Der jederzeit denkbare Fall, dass der Gläubiger *A.* an einem gutgläubigen *B.* die Forderung mit dem Schuldscheine natürlich gegen

Entgelt abtritt, darauf *B.* nichts ahnend dem Schuldner den Schuldschein präsentiert, und indem er seine Gläubigerschaft nachweist, auch Zahlung verlangen darf.

Da nützt dem Schuldner nicht der Einwand, dass die Abtretung der Forderung durch Verabredung ausgeschlossen oder die Eingehung des Schuldverhältnisses nur zum Scheine erfolgt sei. (§ 405 B. G. B.) Endlich, dass dadurch der bisherige Gläubiger, wollte man sich dem strengen Wortlaute des Gesetzes anschliessen, geradezu zur Unwahrheit verleitet wird, erscheint höchst bedenklich, wird wohl auch nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben! Hat hingegen der ursprüngliche Gläubiger erst seine Unmöglichkeit zur Herausgabe der Urkunde zu beweisen, nötigenfalls im Wege des Prozesses, dann kann der Schuldner ohne Gefahr der Präsentation von Seiten eines gutgläubigen Dritten entgegensehen.

Doch, wie bereits erwähnt, auch diesen allen Weiterungen und Nachprüfungsverpflichtungen dürfen Sparkassen gar nicht ausgesetzt sein, wenn nicht der mit ihrer Errichtung erstrebte Zweck gänzlich vereitelt werden soll. Und schliesslich bedenke man, dass sonst auch die schon erwähnte gesetzliche Bestimmung unrichtig wäre, dass n u r gegen Aushändigung des Sparkassenbuches geleistet zu werden brauche. (Vergl. Drucksachen des Reichstags IX. Legislaturperiode Nr. 240 S. 222 fg.), dass die Bestimmung überflüssig wäre, dem Schuldner stände, solange ihm nicht das Sparkassenbuch Zug um Zug ausgehändigt würde, ein Leistungsweigerungsrecht zu. (Vergl. Eck Vorträge S. 493. Fischer-Henle Anm. 7 zu § 808 B. G. B. Anm. 1 zu § 797 B. G. B.)

§ 8.

Das Sparkassenbuch ist kein Inhaberwertpapier, sondern Rektawertpapier mit Legitimationsklausel: Die Übertragung folgt streng schuldrechtlichen Grundsätzen.

Unter Verwertung der im § 5 d. A. für Wertpapiere gefundenen Definition werden die Wertpapiere allgemein in drei Klassen einzuteilen sein: Rekta- oder Namenpapiere, Ordre- und Inhaberpapiere, von welch letzteren die in den

§§ 793 fg. B. G. B. auf ihre forderungsrechtliche Seite hin näher erörterten Schuldverschreibungen auf den Inhaber nur eine Abart bilden. (Vergl. Cosack Bd. II d. B. R. im Abschnitt Wertpapiere.) Die Ordrepapiere sollen bei unseren Betrachtungen gleich ausscheiden, weil ihr eigentlicher Geltungsbereich das Wechselrecht und der Teil des Handelsrechts ist, in welchem gewisse Urkunden wie Transportversicherungspolicen, Lagerscheine, Bodmereibriefe u. s. w. dem Wechsel gleich gestellt werden. (§§ 363 fg. H. G. B.) Besondere gesetzliche Bestimmungen für Rektapapiere sind im heutigen Rechte nicht aufgestellt. (Vergl. Oertmann Anm. 3 zur Vorbemerkung des 22. Kap.)

Ein wichtiger Unterschied zwischen Inhaber- und Namenpapiere zeigt sich schon bei ihrer Begründung. Denn die zur Zeit noch immer bestehende Kontroverse darüber, ob das Inhaberpapier einseitig — creirt — geschaffen wird, (vergl. Dernburg, Cosack) oder durch einen Vertrag (Goldschmidt, Brunner, Dahn) entsteht, kann u. E. (a. M. Grünhut in Zeitschrift für Privat- und öffentl. Recht Bd. 19 S. 292) nur zu Gunsten der ersteren Ansicht ihr Ende finden[1])[2]). Das entscheidende Moment beim Inhaberpapier liegt eben von vornherein in der Unbestimmtheit des Gläubigers, weil der Aussteller im Anfange gar nicht wissen kann, wer ihm gegenüber die Forderung geltend machen wird, und es auch nicht wissen will. Freiwillig wird das Papier von ihm unterzeichnet. Diese Unbestimmtheit lässt sich nicht dahin deuten (vergl. Striethorst Archiv Bd. 56 S. 79), dass sie so lange läuft, bis sich das Gläubigerrecht in der Person des Präsen-

---

[1]) Vergl. für das B. R. Motive S. 695, 696, weiter die Fassung des § 793 B. G. B. — der Ausstellungsakt entscheidet —, des § 794 B. G. B. — die Verpflichtung besteht auch, wenn die Urkunde ohne Willen des Ausstellers in den Verkehr kommt.

[2]) Im Mittelalter lautete allerdings die Inhaberklausel: Zahlbar an die namentlich bezeichnete Person oder wer sonst die Urkunde in den Händen hat. Dies war jedoch die Folge einer noch nicht streng durchgeführten Scheidung von Ordre- und Inhaberpapieren. In der Folge wurde aber diese Klausel die nur für Ordrepapiere eigentümliche (Jacobi S. 255. Brunner Z. f. H. R. Bd. XXII. S. 98).

tanten fixiert, eine Ansicht, welche die Vertragstheorie verteidigt. Die Obligationen gelangen nicht erst dann zum Abschluss (Gruchot Bd. 12 S. 323 fg.). Im Gegenteil: Das Papier wird von jeder Rechtsbeziehung zu einem bestimmten Gläubiger gleichsam wie das Papiergeld losgelöst. Die Entstehungsursache tritt völlig in den Hintergrund; der Erwerber des Inhaberpapiers ist nicht Nachmann seines Vorgängers, sondern hat die Rechte kraft eigenen Rechts und braucht infolgedessen auch nicht den Erwerb des Papieres und der Forderung nachzuweisen.

Aber noch andere Gründe sprechen für die Kreations-Theorie; zunächst ihre auffallende Einfachheit und Klarheit. Ihr Hauptvertreter Kuntze[1]) sagt: „Die Verpflichtung des Ausstellers eines Wertpapiers kommt bereits mit dem Augenblick zustande, indem die Urkunde ausgefertigt worden ist.“ Diese Klarheit kann auch von den Anhängern der Vertrags-Theorie nicht in Abrede gestellt werden. Goldschmidt (Z. f. H. R. 28 S. 113) und Pappenheim (Kritik des Handbuches des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts von Endemann in Z. f. H. R. Band 32 S. 336) geben dies auch unumwunden zu. Zutreffend konnte deshalb die Denkschrift (S. 94/95) M. III S. 1265 darauf hinweisen, dass besonders das Verkehrsinteresse die Kr. Th erwünscht mache, und mit Recht erwähnt Langen (Erkennt das B. G. B. bei Inhaber-Schuldverschreibungen die Kreations-Theorie an? In Kohlers Archiv Band 27 S. 191), dass die Ausstellung als solche das einzige Merkmal ist, woran Jedermann das Dasein der Verpflichtungs-Erklärung mit Sicherheit festzustellen vermag. Dieser Ansicht hat sich auch die zweite Kommission bei Beratung des § 795 B. G. B. nicht verschlossen, als sie nach eingehenden Erörterungen die Ausstellung als solche für das wesentliche Moment in dem Sinne erklärte, dass die dem Papier aufgedruckte Ortsangabe entscheidend sein sollte (Planck Anm. 1 zu § 795 S. 552).

[1]) Die Lehre von den Inhaberpapieren S. 351. Ebenso: Einleitung zum Wechselrecht Bd. II. von Endemanns Handbuch des G. R. S. 70 fg. Die Obligationen und die Singularsuccession des röm. und heutigen Rechts (1856) §§ 62—64.

Gegenüber dieser klargefassten Kr.-Th. vergleiche man nunmehr die Konstruktionen der Vertrags-Theorie. Glaubt man nach dieser Richtung unter ihren Vertretern Einstimmigkeit feststellen zu können, so befindet man sich in einem Irrtume. Schon hinsichtlich der allgemeinen Voraussetzungen eines Vertrages, nach welchem sich doch der Antragsteller an eine bestimmte, wenn auch erst durch die Umstände festzustellende, Person zu wenden hat, gehen die Ansichten auseinander. Bald wird die Frage aufgeworfen, ob der erste Nehmer des Papiers der Angebotsempfänger ist, oder ob der erste Nehmer nicht vielleicht bloss ein juristisches Mittel, eine blosse Mittelsperson, ein Werkzeug ist (Goldschmidt, Z. f. H. R. 28 S. 63 fg. insbesondere S. 111/112) zur Herbeiführung des beabsichtigten Erfolges. Bald wieder wird gefragt, wer als Vertragsgegner zu gelten habe, wenn der erste Nehmer z. B. infolge Wahnsinnes vertragsunfähig ist (Dernburg, Pr. Privatr. Bd. I S. 28, Pappenheim, Z. 38 S. 448, Gierke, Z. Bd. 29 S. 258 fg.); ob etwa das Vertragsangebot einem ganz unbestimmten Kreise gegenüber gemacht wird. (Savigny a. a. O. § 61.) Diese „nebelhafte und berüchtigte" Konstruktion (Goldschmidt, Z. 28 S. 110 Anm. 82, Carlin, Z. Bd. 36 S. 12) ist allerdings einstimmig nunmehr verworfen. Endlich wird noch erörtert, ob nicht die vertragsmässige Verpflichtung nach Art des Vertrages zu Gunsten Dritter zur Entstehung gelangt (Gareis H. R. § 79 I, Obst. L. G. bei Seuff. 41 No. 138), indem der erste Nehmer den Antrag zwar annimmt, jedoch nur zu Gunsten aller weiteren künftigen Inhaber. Der Zweck leuchtet sofort ein: man sucht eine Erklärung für den selbständigen und unabhängigen Charakter der einzelnen Forderungsrechte zu finden und die Beschränkung der dem Schuldner zustehenden Einwendungen verständlich zu machen. Zu geradezu gekünstelten und unnatürlichen Ergebnissen und mit den allgemeinen Grundsätzen des heutigen bürgerlichen Rechtes nicht in Einklang zu bringenden Ergebnissen führt die Affolter'sche Theorie (Z. f. H. R. Bd. 37 S. 469 fg., Bd. 39 S. 576 fg.); herrscht unter den sonstigen Vertretern der Vertrags-Theorie wenigstens darüber Einstimmigkeit, dass Vertragsgegner immer nur eine vom Schuldner verschiedene Person sein kann und dass nur,

wenn das Papier in die Hände des Ausstellenden zurückgelangt, das Schuldverhältnis weiter fortbesteht, so lässt Affolter den Aussteller „sich selbst durch die Ausstellung zum Eigentümer des Papieres und solcher Weise zum Gläubiger und Schuldner machen". Diese Ansicht entspricht aber nicht dem Prinzip des heutigen Rechtes[1]).

Von diesen, allgemeinen, nicht gerade für die Vertragstheorie sprechenden, Erwägungen zu speziellen gesetzlichen Bestimmungen übergehend, findet man, dass insbesondere im B. G. B. vom Gesetzgeber durchgängig der Hauptnachdruck auf die Ausstellungshandlung als solche gelegt ist und damit zum Ausdruck gebracht wird, dass der Kreationsakt allein ausschlaggebend sein soll[2]). § 793 B. G. B. gibt dem Inhaber das Recht, die Leistung nach Massgabe des in der ausgestellten Urkunde erklärten einseitigen Verpflichtungswillens zu beanspruchen[3]). Auch § 795 B. G. B. ist zu erwähnen. Wann eine I. Sch. V. als im Inlande ausgestellt anzusehen ist, richtet sich darnach, ob der in ihr angegebene Ausstellungsort im Inlande belegen ist. Für die Erteilung der Genehmigung ist die Centralbehörde des Bundesstaates zuständig, in welchem der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Nach § 796 B. G. B. kann der Aussteller in erster Reihe dem Inhaber des Papieres nur solche Einrede entgegenhalten, welche die Giltigkeit des

---

[1]) Lehmann, Theorie S. 298. Seuff., 52 No. 77; ferner Thal: die Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit beim Pfandrecht an Forderungen in Leonhard's Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechtes. Heft 15, S. 125.

[2]) Aus dem gleichen Grunde, unter Berücksichtigung der Fassung des Artikels 4 No. 6, No. 4. Artikel 9. 10. 85. W. O. wird auch für das Wechselrecht die Kreations-Theorie verfochten. (Grünhut W. R. Bd. I S. 275 fg. a. M. R. G. 5 S. 83. R. O. H. G. Band 19 S. 33. Goldschmidt, Z. f. H. R. 28 S. 84.

[3]) Absatz II dieses § sucht den Zweifel zu beseitigen, auf welche Weise die Erschwerung der Form kenntlich gemacht werden müsse Dadurch, dass der Aussteller den Vermerk in die Urkunde selbst aufnehmen muss, wird ihm ein etwaiger diesbezüglicher Einwand abgeschnitten. (Langen S. 193; a. M. Jacobi, Abhandlung S. 35.)

Ausstellungsaktes selbst betreffen. Bei Erörterung der Frage, in welchen Fällen der Vormund als gesetzlicher Vertreter seines Mündels die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen hat, wird eine solche Genehmigung für erforderlich erklärt, wenn der Vormund eine I. Sch. V. schr. auszustellen beabsichtigt (§ 1822 No. 9 B. G. B. in Verbindung mit § 1825). Art. 174 E. G. B. G. B. lässt die Vorschriften des B. G. B. über Schuldverschreibungen auf den Inhaber von dem Inkrafttreten des B. G. B. an auf die vorher ausgestellten I. Sch. V. entsprechende Anwendung finden. Damit konnte, wenn auch nur indirekt, der Gesetzgeber nur zum Ausdruck bringen, dass er von dem Ausstellungsakt ausschliesslich die Entstehung der Verpflichtung abhängig machte[1]).

Jacobi (Abhandlung S. 30) führt demgegenüber zum Beweise dafür, dass der Ausstellungsakt nur vorübergehender Natur sei, die Bestimmung des § 795 Abs 3 B. G. B. ins Feld:

> Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig. Der Aussteller hat dem Inhaber den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen.

Indessen lässt sich diese Vorschrift nicht zur Widerlegung der Kr.-Th. heranziehen. Einmal ist es selbstverständlich, dass ein Schaden nicht schon durch die Ausstellung, sondern erst durch die Ausgabe entstehen kann (Langen S. 142), und dann enthält ja diese Bestimmung einen „legislatorischen Missgriff“ (H. O. Lehmann bei Stobbe Bd. III § 254 Anmerkung 20), indem der Aussteller staatlich genehmigter I. Sch. V. auch im Diebstahlsfalle auf Erfüllung haftet, während der Aussteller nicht genehmigter I. Sch. V. nur Schadenersatz zu leisten hat, den Aussteller mithin, trotzdem seine Schuld bei Ausgabe nicht genehmigter Papiere eine grössere ist, als bei Ausgabe genehmigter, im ersteren Falle eine geringere Haftung trifft, als im letzteren Falle.

[1]) Vergleiche Habicht: die Einwirkung des B. G. B. auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Aufl. S. 326. Freilich durch Artikel 174 E. G. B. G. B. ist die Kr.-Th. nicht direkt bewiesen; darin ist Jacobi (Abhandlung S. 28) bei der Polemik gegen Langen zuzustimmen.

Die Bestimmung des § 793 Abs. 1 B. G. B., dass der Inhaber des Papiers von dem Aussteller die Leistung nach Massgabe des Versprechens verlangen darf, und der Umstand, dass in § 1825 in Verbindung mit § 1822 No. 9 B. G. B. von Rechtsgeschäften gesprochen wird, zeigt deutlich, dass die rechtliche Verpflichtung ihre verbindliche Kraft allein dem in der Urkunde erklärten Verpflichtungswillen des Ausstellers verdankt. (M. III. S. 695.) Damit wird auch die Behauptung der Gegner widerlegt, dass der Ausstellungsakt gar keine Willenserklärung, sondern eine Handlung sei, die sich lediglich als Vorbereitung eines künftigen Willensaktes charakterisiert (Landsberg: Eine Frage aus der Lehre der Skripturobligationen, Berliner Diss. 1891 S. 33) und dass der Schöpfungsakt der Ausstellung nur die objektive Unterlage für ein noch zu schliessendes Rechtsverhältnis bilde. (Gierke S. 109, Goldschmidt S. 131, Pappenheim: Begriff und Arten der Papiere auf Inhaber im Sinne des Art. 307 des deutschen H. G. B., Berliner Diss. 1884 S. 9; Gierke: Der Entwurf eines B. G. B. und das d. R., Jahrbuch für Gesetzgebung S. 221.)

Die wesentlichste Stütze findet die Kr.-Th. im Bürgerl. Gesetzbuch jedoch in der Vorschrift des § 794 B. G. B. (Dernburg Pr. Pr. Bd. 2 S. 28 Anmerkung 17. 4. Auflage; Leonhard bei Eck S. 589, 1903):

> Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist.
>
> Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung ist es ohne Einfluss, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist[1])[2]).

[1]) Sollte der Aussteller bei Vorlegung des Inhaberpapiers zur Einlösung einwenden, er habe geglaubt, dass zu dem Ausstellungsakte noch eine weitere Handlung, das ist die Aushändigung, hätte hinzutreten müssen, so befände er sich nur im Irrtum über die Rechtsfolgen seines Handelns. Ein solcher Irrtum müsste aber als Irrtum im Motive rechtlich unerheblich sein. (R. G. Bd. 51 S. 283. Langen S. 190 fg.) Anders wäre der Irrtum zu beurteilen,

Diese Bestimmung steht im Mittelpunkte des Streites zwischen den Anhängern der Kreations- und der Vertragstheorie, weil die letzteren sich der Einsicht nicht verschliessen können, dass diese positive Bestimmung ihrer Konstruktion entgegensteht. Gerade die Art und Weise, wie auf der einen Seite versucht wird, dem § 794 B. G. B. eine Ausnahmestellung einzuräumen und bei Beantwortung der Frage, wie die Verpflichtung entsteht, gänzlich auszuschalten, und auf der andern Seite Fiktionen aufgestellt und eigentümliche Rechtssätze verfochten werden, während sich § 794 B. G. B. der Kreationstheorie zwanglos anschliesst, gerade dies zeigt die Unhaltbarkeit der Vertragstheorie[3]). Die Auffassung des ehemaligen R. O. H. G. in Bd. 17 S. 153, Bd. 19 S. 33, welches von einer rechtsgeschäftlichen Gefahr- und Garantieübernahme ausging, ist z. Z. wohl allgemein verworfen. Die Voraussetzung hierfür wäre ja eine dem Aussteller auferlegte Verpflichtung dem gesamten Publikum gegenüber für die ordnungsmässige Aufbewahrung des Papieres zu sorgen. Dann müsste aber auch der Aussteller für den Schaden verantwortlich gemacht werden, der einem späteren redlichen Erwerber durch eine unverkennbare Fälschung des

und zwar als Irrtum in der Erklärung, wenn der Aussteller behaupten wollte, er habe bei der Ausstellung gar keine Verpflichtungserklärung abgeben wollen. (Jacobi, Abhandlung S. 47; Wertpapiere S. 170, 171.)

Aus der Wortfassung des Absatz 2 dieses § könnte ein Schluss für die Berechtigung der sog. Emissionstheorie gezogen werden. Dass diese Unterstellung jedoch nicht richtig ist, ergibt der Wortlaut des § 685 E. I.: „Die Verpflichtung wird dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Schuldverschreibung, erst nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden, in den Verkehr gelangt" und weiter der Umstand, dass eine Aenderung dieser Fassung des E. nicht beabsichtigt war. (Prot. II. S. 537. a. M. Planck Bd. 2 S. 553.) Im Übrigen hat für die verschiedenen Abarten der Emissionstheorie, von der Redlichkeitstheorie an (Grünhut W. R. S. 272 fg.) und der Eigentumstheorie (Randa, das Eigentum nach Österreichischem Recht, 2. Auflage § 12 S. 312 Note 6; Carlin Z. 36 S. 16) bis zu der von Lehmann H. O. Wechselrecht S. 274 No. 14 S. 207 fg.; von Sicherer in Holtzendorff's Encyklopädie, 4. Aufl. S. 673 fg. verfochtenen Eigentumsverschaffungstheorie das Gleiche zu gelten wie für die Vertragstheorie. Da auch sie neben der Ausstellung noch einen weiteren Akt der Weggabe

Textes erwächst (Cordes Anm. 141 S. 62). Aber auch die Erklärungen von Grönings: Die Inhaberpapiere im Archiv f. civ. Praxis Bd. 44 S. 373, Lehmann: Theorie der W. P. S. 34 sind nicht stichhaltig, welche den Aussteller haftbar machen, weil er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt ausser Acht gelassen hat. Wenn weiter Binding (Z. Bd. 10 S. 124) die Haftung darin zu finden glaubt, dass der Aussteller durch die allgemeine Fassung der Urkunde den getreuen Inhaber zum Abschluss mit dem ungetreuen verleitet habe, so ist diesem und den vorangegangenen Konstruktionsversuchen entgegenzuhalten, dass eine schuldhafte Handlung nur zum Schadenersatz verpflichten kann (Goldschmidt Z. 28 S. 101. 108. Z. 23 S. 307; Pappenheim Inhaberpapiere S. 15), ferner, dass ein solcher Schaden selbstverständlich bald grösser, bald kleiner als die Leistung sein wird und dass niemals, insbesondere nicht in B. G. B., die Höhe des Schadens von vornherein ein für alle Male auf den Nominal-Betrag der I. Sch. V. festgesetzt ist (Langen S. 165). Ohne weiteres ist auch die Ansicht H. O. Lehmanns (zur Theorie S. 285 fg.) zu verwerfen, welche dahin geht, den Aussteller analog dem Tierhalter verantwortlich zu machen (Langen S. 165).

des Papieres fordern, sind sie gegenüber der Kreationstheorie der Vertragstheorie gleichzustellen.

[2]) Der Gläubiger aus einer I. Sch. V. ist wirklicher Nachlassgläubiger und die Schuld ist nicht als Erben-, sondern als Nachlassschuld anzusehen. (Langen S. 189. Goldschmidt Z. f. H. R. Bd. 28 S. 110. a. M. Jacobi Abhandlung § 3 S. 38 Anm. 1.)

Nach Jacobi (Abhandlung S. 39) ist durch Absatz 2 des § 794 B. G. B. die etwa auftauchende Frage entschieden, ob nach dem Tode des Erblassers vielleicht nochmalige Genehmigung des Bundesstaates nach § 795 einzuholen sei; Jacobi muss selbst zugestehen, dass sich dann allerdings der Abs. 2, weil selbstverständlich und inhaltsleer, erübrigt hätte. Jacobi, welcher selbst bei den Rechtsnormen der §§ 793 fg. B. G. B. kein Wort für überflüssig hält (Abhandlung S. 31), ist darauf zu erwidern, dass der Gesetzgeber unmöglich beabsichtigt haben kann, die unzweifelhaft inhaltsschwere Bestimmung des Abs. 1 mit einer so selbstverständlichen Vorschrift des Abs. 2 in Verbindung zu setzen.

[3]) Adler S. 35 sagt, „die Fiktionen bilden das wertvollste konstruktive Rüstzeug der Vertragstheorie", ebenso Langen S. 176; dagegen ganz besonders Jacobi S. 36 fg.

Ein unvergleichlich höherer Wert gebührt der von Gierke (S. 111) vertretenen Auffassung. Auch Gierke muss von seinem Standpunkte die Bestimmung des § 794 B. G. B. als Ausnahmevorschrift erklären. Von älteren deutschen Rechtsgedanken ausgehend, meint Gierke, dass der Hersteller einer Sache, die im Falle ihres Abhandenkommens den Schein eines in den Verkehr gegebenen Wertpapieres erregen muss[1]), immer für den durch seine eigene Handlung verursachten Schaden aufzukommen und auch die für den redlichen Verkehr bestehende Gefahr zu tragen hat. Darüber hinaus — hier setzt die Fiktion ein — „kann aber durch Rechtssatz die Haftung des Ausstellers in die Form der Festhaltung schon bei der beurkundeten Verpflichtung gegossen werden". Diese Konstruktion ist zurückzuweisen. Auch sie kann auf eine Fiktion nicht verzichten: sie schützt allzu einseitig und durchaus unbegründet den gutgläubigen Erwerber zu Ungunsten des Ausstellers; und es ist im höchsten Grade legislatorisch bedenklich, von vornherein die Höhe einer Ersatzverbindlichkeit genau zu bestimmen. Dem Schuldner den Einwand von vornherein abzuschneiden, dass nur ein geringer Schaden entstanden sei, muss als Härte bezeichnet werden.

Das eine haben jedenfalls alle Auffassungen der Anhänger der Vertragstheorie hinsichtlich des § 794 B. G. B. gemeinsam, dass sie nur zu deutlich ihren Entstehungsgrund verraten, nämlich lediglich deshalb verfochten zu werden, um eine Theorie, welche das Gesetz aufstellen wollte, zu Falle zu bringen. (Lehmann: Zur Theorie S. 309.)

Es mag ohne weiteres zugegeben werden, dass die geschichtliche Entwickelung (vergl. Stobbe D. Pr. Bd. II §§ 179 fg.; Dernburg Pr. Pr. Bd. 2 § 88) wie auch die allgemeinen Grundsätze über die Entstehung obligatorischer Verpflichtungen dazu verleiten, auch bei Inhaberpapieren einen Vertrag zu Grunde zu legen; gleichwohl müssen derartige Erwägungen

[1]) Jacobi Abhdlg. S. 27. 46 sagt „ . . . . wer eine Handlung begangen hat, die in ihren Folgen bei dem Dritten den Schein erwecken muss, als ob er schon vorher mit dem Legitimierten einen obligatorischen Vertrag eingegangen wäre oder nunmehr durch den Legitimierten mit ihm, dem Dritten, einginge".

fortfallen, wenn durch sie nur gewaltsam positive Bestimmungen erklärt werden. So wird ja im B. G. B. im ersten Paragraphen des Abschnittes, der über Verträge handelt, (§ 305) zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag zwischen den Beteiligten für erforderlich gehalten. Aber hieraus irgendwie auf Inhaberpapiere zu folgern, wie es Cordes S. 60 tut, ist nicht angängig, weil eben diese Vorschrift darauf hinweist, dass diese allgemeine Definition nicht platzgreift, „soweit das Gesetz ein anderes vorschreibt". Und diese Ausnahmen finden sich neben der Auslobung (§§ 657 fg. B. G. B.), Anweisung (§ 783 fg. B. G B.), Stiftung (§§ 82 fg.), dem Vermächtnis (§§ 2174 fg.) ganz besonders in den §§ 793 fg.[1]). Mehr Beachtung verdient die Tatsache, dass, während sonst bei allen speziell geregelten einzelnen Schuldverhältnissen stets in der Ueberschrift bezw. in dem ersten Paragraphen der sie betreffenden Vorschriften das Rechtsverhältnis entweder als Vertrag ausdrücklich bezeichnet oder gegenseitige Willensübereinstimmung verlangt wird, gerade bei den I. Sch V. jede Erwähnung der Willensübereinstimmung fehlt (Langen S. 178 fg.).

Zum Schluss sei noch darauf hingewiesen, dass für die interessierende Frage die gesetzgeberischen Vorarbeiten keinen Anhalt für oder wider die Kreationstheorie geben. (Oertmann 2. Aufl. Anm. 5 c zum 22. Tit.) Richtig ist, dass der E. I. Lesung (§§ 685. 686. 687) und die Motive II S. 694 die Kreationstheorie angenommen haben, dass bei der 2. Lesung die Kommission angeregt hat, die Bestimmungen über die Verbindungskraft des einseitigen Versprechens als überflüssig fortzulassen (Rassow und Küntzel, Beiträge Bd. 37 S. 888), es ist aber auch nicht zu leugnen, dass man nachher ausdrücklich erklärt hat, es sollte auch weiterhin der Wissenschaft überlassen bleiben, theoretisch zu begründen, ob in den Fällen der Auslobung, Stiftung und Inhaberschuldverschreibung eine Ausnahme vorläge oder ob sie die reine Kreationstheorie verkörperten. (Oertmann zu § 794. Endemann I § 196, Anm. 32. Dernburg II § 147 S. 336. Leske,

[1]) Ebenso Planck Bd. 2 S. 594 No. 2. Fischer-Henle Anm. 6 zu § 305. Endemann, Einführung I § 196 3. und 4. Aufl.

vergleichende Darstellung d. B. G. B. und des preussischen Allgemeinen Landrechts. 1903. Bd. I. S. 320. Jacobi Abhandlung S. 32 fg.)

Ganz anders gestaltet sich der Begründungsakt beim Rektawertpapier. Hier wird von vornherein nur mit einer Person, die ganz bestimmt ist, der Vertrag geschlossen. Nur dieser einen Person will der Aussteller verpflichtet, ihr allein soll die Möglichkeit geboten sein, dem Verpflichteten gegenüber zur Leistung berechtigt zu sein. Und, wenn ein Anderer als der ursprüngliche Gläubiger Zahlung fordert, dann ist er gezwungen, seine Gläubigereigenschaft zu beweisen: er muss zeigen, auf welche Weise er zum Eigentum des Papiers und zur Inhaberschaft des Papieres gelangt ist. Also eine scharfe Trennung zwischen beiden Papieren: Im Gegensatz zum Rektawertpapier kann beim Inhaberpapier der Inhaber als solcher Zahlung fordern[1]). Damit soll aber nicht gesagt sein, dass beim Inhaberpapier der Aussteller die Leistung überhaupt nicht verweigern dürfe. Doch dies tut er immer auf eigene Gefahr. Und falls es sich später herausstellt, dass seine Leistungsverweigerung zu Unrecht erfolgt ist, entgeht der Aussteller nicht seiner gesetzlichen Verpflichtung z. B. Verzugszinsen zu zahlen.

Beim Inhaberpapier verschmilzt mithin die Forderung mit der Urkunde so eng und fest,[2]) dass sie hinter dem Papiere durchaus zurücktritt. Der Satz erlangt Berechtigung: Das Recht an der Forderung folgt dem Recht am Papiere. Der Wert, den das Recht darstellt, geht auf das Inhaberpapier vollkommen über (Goldschmidt Z. f. H. R. Bd. IX S. 8 fg.); die Urkunde wird zur beweglichen Sache, die in allen Beziehungen, insbesondere hinsichtlich der Uebertragung und Verpfändung nur sachenrechtlichen Grundsätzen folgt. Die Bestimmungen der §§ 929 fg. B. G. B. kommen zur

[1]) Vergl. Staudinger Bd. II S. 534. Die bei Jacobi S. 31 Anm. c Zitierten.

[2]) Derselben Ansicht Pappenheim (Krit. Viertelj. S. 44 fg.) a. M. Jacobi Abhdlg. S. 5 fg., welcher z. B. im Falle der Spezifikation den Spezifikanten zwar Eigentum am Papier, aber nicht zugleich die Berechtigung erwerben lässt. (S. 12.)

Anwendung.[1]) Die Verpfändung findet durch Uebergabe des Inhaberpapieres statt mit dem beiderseits erklärten übereinstimmenden Willen, dass der Pfandgläubiger berechtigt sein soll, Befriedigung aus der Sache zu suchen. (§§ 1293, 1204, 1205 B. G. B.) Die Zwangsvollstreckung richtet sich nach § 821 C. P. O.: sie beginnt mit der Wegnahme des Buches durch den Gerichtsvollzieher (§ 808 C. P. O.) und endet mit dem öffentlichen oder freiwilligen Verkaufe des Papiers. (§§ 814. 816 C. P. O.)

Alle diese soeben entwickelten Grundsätze müssen selbstverständlich auch zur Anwendung gelangen, wenn das Sparkassenbuch ein Inhaberpapier ist. Dass diese Ansicht vielfach vertreten ist, dass man die Übertragung und Verpfändung wie beim Inhaberpapier sachenrechtlichen Grundsätzen unterwirft, dass man in jeder Weise die Sparkassenforderung mit dem Sparkassenbuch identifiziert, darauf ist bereits früher hingewiesen worden. Welche Umstände berechtigen aber zu jener Anschauung? Die Erklärung gibt einmal die bekannte Tatsache, dass es Sparkassenbücher gibt, welche auf den Namen einer bestimmten Person nicht geschrieben sind und dann der schon erwähnte Passus des § 808 B. G. B.: Zur Prüfung der Legitimation des Inhabers des Buches ist die Sparkasse zwar berechtigt aber nicht verpflichtet: vielmehr wird an jeden Inhaber des Buches rechtsgültig und rechtsverbindlich bezahlt. Gestützt auf diese beiden Momente verwerfen denn auch die Anhänger die Ausdrücke „Hinkende Inhaberpapiere“ oder „Papiere mit alternativer Inhaberklausel“.[2])

Im Allgemeinen lautet jedes Sparkassenbuch auf den Namen einer bestimmten Person; denn es liegt ja ein Darlehnsvertrag vor; sei es nun, dass diese Person für sich und in eigenem Namen den Vertrag abschliesst — dann

---

[1]) Selbstverständlich muss sich die Absicht der Vertragschliessenden auf das verbriefte Recht mit richten; der Uebereignungswille darf sich nicht bloss auf den Papierstoff beziehen, sondern an erster Stelle und hauptsächlich auf das zu übertragende Recht (Jacobi Abhandlung S. 13).

[2]) Koch in Holtzendorffs Rechtslexikon III S. 712. 713. Ausserdem die interessante R. G. E in Str. S. Bd. XXVI S. 152.

wird ihr Name auf die Urkunde gesetzt — oder, dass diese Person für einen Anderen Geld einlegt. In einem solchen Falle tritt sie entweder als Stellvertreter für einen Dritten auf, der dann ohne weiteres aus dem Vertrage berechtigt ist: die Einzahlung wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen, sagt § 164 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. Oder aber der Einzahler handelt ohne speziellen Auftrag des Dritten. Im früheren Rechte war es zweifelhaft, ob dieser Dritte ein unmittelbares Recht gegen die Kasse erwirbt, weil die blosse Tatsache, dass das Buch auf den Namen eines Anderen als des Einzahlers lautet, diesem Anderen ein Forderungsrecht gegen die Kasse nicht geben könne. [1])

Nach heutigem Rechte entfällt jedoch jeder Zweifel, es bleibt in jedem einzelnen Falle den Parteien, d. i. dem Einzahlenden und der Sparkasse überlassen, Bestimmungen hierüber zu treffen. Erst, wenn solche nicht getroffen sind, sucht das B. G. B. in § 328 Abs. 2 die Sachlage zu klären.

Das Gesetz zieht die besonderen Umstände in Betracht, so z. B. werden in den allermeisten Fällen die §§ 1793, 1806 B. G. B. mit der den Vormund gesetzlich obliegenden Verpflichtung, im Interesse und nur im Interesse des Mündels das Mündelvermögen gut verzinslich anzulegen, den gewünschten Anhalt für die Auslegung des Vertrages im Sinne des Gesetzes geben. Auf solche Art und Weise lässt sich folgern, ob dem Dritten, auf dessen Namen das Papier geschrieben worden ist, ein unmittelbares, selbständiges Forderungsrecht gegen die Sparkasse gegeben, oder ob den Vertragschliessenden die Befugnis zugesprochen sein soll, die Berechtigung des Dritten ohne seine Zustimmung jederzeit zu ändern oder aufzuheben.

Immer erwähnt das Sparkassenbuch einen Namen wenigstens, der im Übrigen zwar für eine etwa notwendig werdende Beweisführung und ganz allgemein zur Geltendmachung des Forderungsrechtes von Bedeutung ist (vergl.

[1]) Vgl. Gruchot Bd. 30 S. 424. Sächs. Archiv Bd. XII S. 226. R. G. Bd. XI S. 240 und die dort zitierten Ausführungen des Berufungsgerichts, welche einen schroffen Gegensatz zu R. G. E. vom 27. September 1880 bilden.

S. 12 d. A.), nicht aber für eine Charakterisierung des Sparkassenbuches als Inhaberpapier hier herangezogen werden darf.

Aber es gibt Sparkassenbücher, so wird man einwenden, die auf keinen Namen geschrieben sind (vergl. Staudinger Bd. II S. 682 Anm. 2. R. O. H. G. Bd. II. N. 73 S. 306 Bd. III S. 339 fg. Bd. IX N. 75 S. 241 Bd. XXII S. 55. Annalen des O. A. G. Dresden Bd. III S. 398)[1]), wo es also anscheinend dem Schuldner selbst doch völlig gleichgültig sein wollte, wer und auf welche Weise jemand das Buch erlangt hat.[2]) Diese Tatsache kann allerdings nicht bestritten werden. Es ist aber daran festzuhalten, dass das Titelblatt, wenn man näher zusieht, wenigstens die Nummer eines Geschäftsbuchsblattes enthält, und dass diese Nummer nur einen Ersatz für den vollen Namen bilden soll und kann; dass diese Nummer nur deswegen aufgedrückt worden ist, um das Verfahren bei der Auszahlung zu erleichtern, leuchtet wohl ein. (Vergl. Jacobi S. 237).[3]) [4])

Ferner der Einwand, dass wie beim Inhaberpapier der Aussteller hier die Sparkasse, nicht genötigt sei, die Identität des Präsentanten mit dem Berechtigten, wie auch nicht den Uebergang des Rechtes auf diesen zu prüfen, dass die Sparkasse in jedem Falle durch Zahlung an den Besitzer befreit werde. Es besteht darnach für die Sparkasse ein Privileg, eine Ausnahme, durch die sie scheinbar

[1]) Auch Gierke S. 159 im Anschluss an R. G. bei Seuffert 36 Nr. 78 und Randa, Eigentum S. 354 Anm. 42 begeht diesen Fehler.

[2]) Solche Sparkassenbücher sind besonders in Italien und Österreich in Gebrauch (Höltzenbein S. 8.).

[3]) Die notwendige Folge der entgegengesetzten Ansicht würde auch sein, dass es Feuerversicherungspolicen — die einstimmig den Sparkassenbüchern gleichgestellt werden, — auf den Inhaber gestellt gäbe; das wäre aber ein Widerspruch in sich; ein solches Papier wäre contra naturam sui generis. (Vergl. Schneider No. 242.)

[4]) Dass Schwartz S. 24 für das heutige Recht die Möglichkeit einer durch staatliche Genehmigung erfolgenden Umwandlung des Sparkassenbuches in ein Inhaberpapier anerkennt, beruht nach seinen sonstigen Ausführungen vermutlich nur auf Versehen.

dem Aussteller eines Inhaberpapiers gleichgestellt wird. Doch diese Gleichstellung ist nur scheinbar. Ursprünglich und eigentlich müsste jede Sparkasse wie jeder andere Darlehnsschuldner in eigenem Interesse die Legitimation ihres Gläubigers prüfen. Der Besitz des Papieres, seine blosse Innehabung, könnte und dürfte ihr gegenüber nicht genügen, wie z. B. beim Inhaberpapier. Was wäre aber die notwendige Folge hiervon? Nicht bloss ein grosser Aufwand an Zeit wäre erforderlich, sondern auch ein wesentlich viel grösserer Menschenapparat müsste der Sparkasse zur Verfügung stehen. Der Geschäftsbetrieb würde kompliziert und erschwert werden und das Publikum allein Nachteile hiervon zu erwarten haben. Um allen diesen Unzulänglichkeiten aus dem Wege zu gehen, nebenbei auch was nicht verschwiegen werden soll, die Haftung für Versehen der Beamten abzulehnen (vergl. Motive z. Pr. G. v. 1838 — Striethorst Archiv Bd. 63, S. 98), gelangte man zu der verständigen Ansicht, der Sparkasse grössere Freiheit im Handeln einzuräumen. Schon wie gesagt, im Interesse der Einzahler. „Die Sparkasse ist berechtigt, an den Präsentanten zu zahlen", heisst nichts anderes, als ihr erwachsen keine Nachteile, wenn sie, sich nicht kümmernd um die Berechtigung des Präsentanten, Zahlung leistet.[1]) Immer wird die Sparkasse von ihrer Verpflichtung befreit. Wenn entgegengehalten wird, dass sie wenigstens bei offenbarer Nichtberechtigung, z. B. bei mangelnder Geschäftsfähigkeit des Präsentanten nicht zahlen dürfe[2]), so greift dieser

[1]) Diese Legitimationsklausel zeigt auch den einzigen Weg für eine brauchbare strafrechtliche Lösung. Derjenige, welcher als nicht Berechtigter schon durch Vorlegung des Sparkassenbuches — die Vorspiegelung falscher Tatsachen braucht nicht durch Worte zu geschehen — in dem Kassenrendanten den Irrtum erregt, als ob er der Vorzeigende der allein Berechtigte sei, infolge dieser Irrtumserregung Zahlung erhält und das Vermögen des wahren Berechtigten dadurch schädigt, dass dieser seiner Forderung verlustig geht, dieser Nichtberechtigte ist wegen Betruges (Vergehen gegen §§ 263 Str. G. B.) zu bestrafen. (Vergl. Dörr S. 54. Schneider a. a. O. S. 37. 49. 50 Anm. 15. R. G. v. 29. 10. 94. Höltzenbein S. 18. 35 mit der Modifikation, dass neben Betrug auch noch Diebstahl in Realkonkurrenz in Frage kommt.

Einwand in der Praxis gewiss durch, weil die Sparkassen wohl selten in einem solchen Falle Zahlungen leisten werden; theoretisch ist aber dieser Einwand nicht stichhaltig. (Vergl. Leonhard bei Eck Bd. I S. 588. Sächs. Gesetzbuch § 1045 E. I B. G. B. § 685). Mag sich die Sparkassenverwaltung schadensersatzpflichtig machen gemäss § 826 B. G. B., schon weil sie durch Zahlung gegen Treu und Glauben verstösst (vergl. Oertmann Anm. 4 zu § 793, weiter Planck Bd. II S 555, Bd. I S. 279 unter Hinweis auf § 826 B. G. B. in Verbindung mit § 226. Prot. II S. 536, VI S. 210) — man beachte jedoch hierbei, dass der Kassenrendant den animus nocendi (vergl. Liszt S. 99 Deliktsoblig.) haben muss —,

Gnuse S. 51.) Unzweifelhaft liegen auch die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betruges vor: da die Sparkassenverwaltung durch Zahlung an den Nichtberechtigten befreit wird und der Einzahlende seines Anspruches gegen die Verwaltung verlustig geht, ist eine Vermögensbeschädigung eingetreten. Dass der Täter in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, gehandelt hat, ist nicht zu bestreiten; ebenso wenig, dass die Irrtumserregung — Vorlegung des Buches in Verbindung mit der Eigenart des Buches als eines Legitimationspapieres (Dalcke, die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben in Goltdammers Archiv 44. Jahrg. S. 204 und 205. Gnuse S. 60) — für die Auszahlung kausal gewesen ist. Es muss hierbei selbstverständlich vorausgesetzt werden, dass der Rendant in guten Glauben an die Berechtigung des Abhebenden Zahlung leistet. Denn sonst entfällt das Hauptmerkmal des strafrechtlichen Betruges, die Irrtumserregung.

Von einigen Schriftstellern Feisenberger (§ 1 fg.) und Schneider (die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Bd. 14 S. 36—75) wird die Ansicht vertreten, dass die rechtswidrige Hebung der Einlage als Unterschlagung zu bestrafen ist. Indessen mit Unrecht. Die Unterschlagung im Sinne des § 246 St. G. B. erfordert, dass der Täter eine fremde bewegliche Sache in Gewahrsam hat und sich diese Sache rechtswidrig zueignet. Das Geld, welches der Täter in seine Hände bekommt, ist aber gar nicht fremdes Eigentum. Denn mit dem Augenblick, wo der Rendant — immer vorausgesetzt, dass dieser gutgläubig ist — die Einlage dem Täter aushändigt, wird dieser entsprechend der Vorschrift der §§ 929 B. G. B. Eigentümer des Geldes, und damit entfällt das Tatbestandsmerkmal des § 246 St. G. B. Die zur Eigen-

immer aber muss die Zahlung als Befreiung von ihrer Verpflichtung für die Sparkasse angesehen werden[3]). Ein Anspruch aus der Urkunde kann nicht mehr gegen die Kasse erhoben werden. Auch alle Nebenrechte der Forderungen sind erloschen (vergl. Landsberg S. 91 fg.).

Von einer Leistungsverweigerungspflicht kann infolgedessen auch nicht die Rede sein, wie es Goldschmidt Z. f. H.R. 9 S. 62, Bd. 36 S. 136 fg., Pappenheim S. 51, Kuhlenbeck Anm. 1 zu § 793, Jacobi W. P. S. 68 fg., Dernburg B. R. Bd. 2 § 149 Anm. 4, Gierke S. 172, Cordes S. 84 annehmen[4]).

tumsübertragung notwendige Willenseinigung ist vorhanden und die Übergabe des Geldes ist erfolgt.

Schneider S. 70 fg. sucht mit Hülfe der sog. Besitzdienerschaft seine Ansicht zu halten, indem er den nicht berechtigten Präsentanten als notwendigen Stellvertreter des Berechtigten auffasst, sodass jener also fremde Sachen sich zueignet. Mit Recht weisst Gnuse S. 46 fg. auf das Unhaltbare dieser Konstruktion hin. Gerade die Eigenart der Besitzdienerschaft, nämlich „das gewillkürte entweder ausdrücklich kundbar gemachte, oder auch nur aus den Umständen zu vermutende Stellvertretungsverhältnis" fehlt im vorliegenden Falle. Der Täter hat nicht den Wunsch, den Berechtigten zum Besitzer des Geldes zu machen; ein zwischen dem Berechtigten und dem Täter bestehendes Vertretungsverhältnis liegt nicht vor; der angeblich Vertretene besitzt gar nicht den Willen durch Geschäfte des angeblichen Vertreters berechtigt zu werden. Sollte allerdings der Rendant beabsichtigen, einem anderen als dem Präsentierenden auszuzahlen — ein Fall, der wohl nie vorkommen wird — dann kommt freilich eine Willenseinigung im Sinne des § 929 B. G. B. nicht zu stande und der Täter begeht an dem fremden Gelde eine Unterschlagung. Indessen wird diese Straftat durch den von ihr verübten strafbaren Betrug absorbiert. Der Täter hatte von vornherein den Entschluss, das Geld, welches er durch die Irrtumserregung erlangen würde, sich zuzueignen. Sein Entschluss bezog sich auf dasselbe Rechtsgut und eine Handlungseinheit ist gegeben. Unzweifelhaft muss der Schwerpunkt auf den Betrug gelegt werden, während sich die Zueignung gewissermassen nur als Genuss der Früchte des Betruges darstellt und unberücksichtigt bleiben darf (v. Liszt a. a. O. S. 251, S. 744 Abs. 1. Feisenberger § 3 S. 12. Oppenhoff zu § 73 S. 218. Doerr a. a. O. S. 38. 39. 41 fg. 54). Nach dieser unseren strafrechtlichen Auffassung ist die Wegnahme des Buches nichts weiter

Durch das Vorhergegangene ist aber auch schon angedeutet, dass die Sparkasse zu jeder Zeit, besonders von vornherein schon in den Statuten auf die zu ihren Gunsten eingeführte Fiktion, dass der Inhaber des Papieres von selbst auch Gläubiger der Forderung sei (vergl. Schwartz S. 11) verzichten darf. Nicht unerwähnt soll bleiben, dass die Sparkasse in einem Falle sogar von Gesetzeswegen gezwungen ist auf das Privileg zu verzichten, nämlich beim Vorliegen des sog. Sperrvermerks. Man vergleiche § 15b des Pr. Reglements von 1838: Ist ein Buch verloren gegangen — gleichgültig, ob es wahr ist oder nicht —, so ist die Sparkasse auf Antrag verpflichtet, einen Widerspruch, einen Protest in ihr Geschäftsbuch einzutragen. Dieser Vermerk macht den Kassenrendanten darauf aufmerksam, dass Bedenken gegen die Auszahlung vorliegen, dass er nicht mehr, wie früher, unbekümmert zahlen dürfe, sondern für die Folge wie bei jeder sonstigen Schuld, die Empfangsberechtigung des Präsentierenden zu prüfen habe. Weil aber eine solche Prüfung den Sparkasseneinrichtungen entgegenarbeitet, ist es der Sparkasse zur

als eine Vorbereitungshandlung für den zu verübenden Betrug; sie hat mithin straflos zu bleiben (übereinstimmend alle Komm.).

Zum Schluss sei noch hervorgehoben, dass die Wegnahme des Buches niemals als Betrugs- (Doerr S. 33 fg.) oder Unterschlagungsversuch (Feisenberger S. 12. 13) beurteilt werden kann. Damit ein Versuch einer strafbaren Handlung vorliegt, ist erforderlich, dass Handlungen vorgenommen werden, die den Anfang der Ausführung der beabsichtigten, aber nicht zur Vollendung gelangten Straftat bilden. Es leuchtet ein, dass von Betrugsversuch erst dann die Rede sein kann, wenn das Buch dem Rendanten zur Auszahlung hingereicht wird, und dass von Unterschlagungsversuch erst dann gesprochen werden kann, wenn der Täter den fremden Gegenstand in Gewahrsam bereits hatte.

[2]) Vergl. Dernburg B.G.B. Bd. II § 149 Anm. 4. Oertmann Komm. z. § 808 B. G. B. Anm. 1, zu § 793 Anm. 4. Kuhlenbeck § 808 Anm. 1. Höltzenbein S. 28. Gnuse S. 23.

[3]) Vergl. Staudinger Bd. II S. 652 Jacobi S 67, 68, 243. Crome Bd. II S. 972, Planck zu § 808 B.G.B. und Prot. Bd. II S. 563 fg.

[4]) Der Gläubiger kann auch durch Arrestanordnung, gerichtliche, polizeiliche und verwaltungsrechtliche Vorschriften geschützt werden. (Landsberg S. 99. Goldmann und Lilienthal B.G.B. 1903 Bd. I § 219 Ziffer 3 S. 850.)

Pflicht gemacht, geradezu jede Auszahlung zu unterlassen, und abzuwarten, bis entweder der Verlierer sein Buch wieder aufgefunden oder nach erfolgtem Aufgebotsverfahren sich einen Ersatz verschafft hat, oder aber durch richterlichen Ausspruch, wenn Streit zwischen zwei Prätendenten hinsichtlich des Eigentums am Buche bestanden hat, die Sachlage geklärt worden ist.

Fassen wir das im Einzelnen Erwähnte zusammen, so erkennen wir, dass das für die Sparkasse sich ergebende Plus, auf welches die Sparkasse bald freiwillig verzichten kann, bald zu verzichten verpflichtet ist, das Sparkassenbuch nie und nimmer zu einem Inhaberpapier umzugestalten vermag, nie und nimmer die Mängel unschädlich machen kann, die dem Rechte des Präsentierenden entgegen stehen. (Vergl. Rehbein Bd. I S. 760.)[1])

Hierzu kommt noch die ganz besonders zu erwähnende Tatsache, dass der Inhaber des Sparkassenbuches als solcher keine Ansprüche auf Auszahlung der Beträge hat, während doch beim Inhaberpapier der Inhaber die Herausgabe des Geldes rechtlich beanspruchen darf. Beim Inhaberpapier also rechtlich zu Gebote stehende Zwangsmittel, beim Sparkassenbuch nur blosses Vertrauen auf die sonstigen Geschäftsgewohnheiten und Anweisungen der Sparkassenverwaltung. Ein Unterschied wie zwischen obligatio und naturalis obligatio. (Vergl. Staudinger Bd. II S. 534. Landsberg Bd. I. S. 522. Strohal in Ihrings J. B Bd. 33 S. 376. Sächs. Archiv Bd. VII S. 639. Ehrenberg Bd. I S. 473 für Police.)

Damit scheitert auch der Konstruktionsversuch, der darin besteht, an die Legitimation des Präsentierenden als Empfangsberechtigten d. h. als berechtigt Gewordenen und zur Zeit noch Berechtigten anzuknüpfen[2]), und eine Gleich-

[1]) Das Pr. R. ging weiter als das heutige Recht. In den Sparkassenstatuten stand sogar, dass die Sparkassen zur Zahlung an den Inhaber nicht bloss berechtigt, sondern sogar verpflichtet wären. Und doch wurde das Sparkassenbuch nicht als Inhaberpapier aufgefasst. (Rehbein S. 759 Bd. II. Striethorst Arch. Bd. 96 S. 290, Bd. 65 S. 77.)

[2]) Vergl. Jacobi S. 77, 236 fg. Kohler Archiv f. B.R. Bd. VI S. 321 fg. Kuntze S. 399, 400 nur für Inhaberpapiere.

stellung zwischen Sparkassenbuch und Inhaberpapier insoweit herauszufinden, als ja in beiden Fällen der Inhaber als zum Empfang der Leistung berechtigt anzusehen sei; und zwar beim Inhaberpapier ohne die Verpflichtung des Inhabers, seine Gläubigerschaft zu beweisen, beim Sparkassenbuch mit der aber nur unter Umständen bestehenden Verpflichtung, seine Forderungsberechtigung darzutun. In beiden Fällen werde dem Schuldner gegenüber durch den Umstand, dass der Zahlungsfordernde das Papier noch in Händen habe — dadurch lässt sich doch wenigstens vermuten, dass der wahre Berechtigte sein Gläubigerrecht noch nicht abgetreten habe — mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit fingiert, dass der Vorlegende immer noch der Berechtigte sei. Eine solche Aehnlichkeit und Gleichstellung zwischen Inhaberpapier und Sparkassenbuch ist nur allzu relativ und baut sich, worauf Jacobi mit Recht hinweist, auf nichts weiter, als auf einer Vermutung auf, die jederzeit entkräftet werden kann. Der geringste Zweifel, welcher der Sparkasse aufstossen kann, macht alle Identifizierungsversuche zu nichte und zwingt den Präsentanten, seinen Erwerbsgrund und seine Erwerbsart aufzudecken.

Ebenso wenig befriedigend müssen auch die doktrinären Ausführungen des R. G. in Strafsachen Bd. II S. 3 sein. Dort sucht man die Bestrafung der unberechtigten Abhebung als Diebstahl zu charakterisieren, indem man davon ausgeht, dass das Sparkassenbuch, insoweit es eine unerhobene Spareinlage nachweise, von diesem Gesichtspunkte aus sich mit einer Einlage identifiziere[1]). Mit solchen unklaren und gefühlsmässigen Auffassungen lässt sich nichts erreichen. (Schneider S. 46 fg.) Ebenso unhaltbar ist die vom Reichs-

[1]) Dass der Umstand „insoweit das Buch eine unerhobene Spareinlage nachweist" den Täter zur Wegnahme des Buches veranlasst und das Motiv für sein Handeln bildet, kann nicht geleugnet werden. Nur ist diese Bereicherungsabsicht für die Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen des gesetzlichen Tatbestandsmerkmales des Diebstahles (im Gegensatz zu § 263 St. G. B.) völlig unerheblich (vgl. Doerr a. a. O. S. 20 besonders Anm. 46; Rotering: über die Zueignung im Sinne der §§ 242 und 246 des St. G. B. im Gerichtssaal Bd. 26 S. 520 fg.).

gericht in Strafsachen am 7. März 1891 gefällte Entscheidung, wo der „Dieb“ mit der Wegnahme des Buches die vermögensrechtliche Substanz, den substantiellen Wert des Sparkassenbuches,[1]) der nach Hartmann durch die beurkundenden Zeichen gebildet wird (hiergegen treffend Gnuse S. 33) sich anzueignen sucht.[2]) [3]) Nunmehr erkennt man, wie wenig charakteristisch die Bezeichnung des Sparkassenbuches als hinkendes Inhaberpapier ist. Ebenso wenig wird durch den Ausdruck „inhaberpapierähnliches Rektawertpapier“ erreicht. Denn beide Ausdrücke lassen den springenden Punkt ausser Betracht und rufen im Gegenteil nur Verwechselung mit dem Inhaberpapier vor. Allein als zutreffend kann nur die Bezeichnung als Rektawertpapier mit Legitimationsklausel gelten (Cosack Bd. II S. 380. Crome Bd. II, 2. S. 970. Staudinger Bd. II S. 682. Dahn S. 505), in gleicher Weise, wie der Ausdruck „qualifizierte Legitimationspapiere“ zum Unterschied von den in § 807 B. G. B. genannten Legitimationszeichen, welche keine Wertpapiere sind. (Strohal im Recht 1901 Bd. 7.)

[1]) Hiernach richtet sich jeder dieser Zueignungswillen gegen einen ideellen Vermögensbestandteil, was niemals ein geeignetes Objekt für Diebstahl sein kann (übereinstimmend alle Kommentare).

Aber noch aus einem anderen Grunde kann von Diebstahl an Sparkassenbüchern nicht die Rede sein. Um sich eine fremde, im civilrechtlichen Eigentum eines anderen stehende, Sache zuzueignen, muss diese Sache der tatsächlichen Gewalt und Herrschaft des Eigentümers in der Weise entzogen werden, dass man sie unter dauernder Ausschliessung der tatsächlichen Verfügungsgewalt des Eigentümers und nicht bloss zur Beschränkung dieser Verfügungsgewalt in einer bestimmten Hinsicht an sich nimmt (Oppenhoff a. a. O. Anm. 41 zu § 242. von Liszt a. a. O. S. 431. Binding a. a. O. S. 269. Ohlshausen Teil 2 Nr. 29 zu § 242 6. Aufl. A. M. R. G. vom 1. Mai 1884, vom 3. Oktober 1890 und 23. Februar 1897.) Der Dieb muss den Willen haben „für sich definitiv ein Verhältnis zur Sache zu schaffen, dem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentümer zu sein (Binding a. a. O. S. 267. 268); und ein dahin gerichteter Wille fehlt dem Täter, wenn er nur einen Teil des Guthabens abheben und das Buch alsdann dem Eigentümer zurückzubringen beabsichtigt, weil er das Buch nur vorübergehend in seinen Gewahrsam bringt, um das Buch zu einem einzelnen Zwecke zu

Nach den obigen Erörterungen sind wir zu dem Ergebnis gelangt, dass das Sparkassenbuch kein solches Wertpapier ist, bei dem die Forderung eine so innige Verbindung mit dem Papiere eingeht, dass sich das Recht an der Forderung nach dem Rechte am Papiere richtet, dass also sachenrechtliche Grundsätze weder für die Uebertragung (vergl. Dernburg B. R. Bd. III S. 284. Planck Komm. Anm. 3 c zu § 808. Bd. II S. 566. Rosenthal zu § 808 Anm. 11 S. 247. Gnuse S. 23. Mathiass zu § 808. Anderer Meinung D. Jur. Ztg. Bd. V S. 348), noch für die Verpfändung und Realisierung des Pfandrechts in Frage kommen[4]).

Das Hauptgewicht ist auf die Forderung zu legen. Die Bestimmungen des vierten Abschnittes des Rechtes der Schuldverhältnisse kommen für die Abtretung der Forderung

gebrauchen. Es handelt sich lediglich um ein strafloses furtum usus. Nicht anders ist aber auch die Beurteilung bei Abhebung der ganzen Spareinlage. Ein bis zum völligen Verbrauch oder bis zur gänzlichen Entwertung der Sache vorgenommener rechtswidriger Gebrauch kommt allerdings der rechtswidrigen Zueignung gleich (Liszt a. a. O. S. 431); im vorliegenden Falle wird aber das Sparkassenbuch gar nicht entwertet — von Verbrauchen kann überhaupt nicht die Rede sein — da ja das Buch trotz der in ihm vorgenommenen Eintragungen auch weiterhin zur Aufnahme von Sparkasseneintragungen geeignet erscheint (Gnuse S. 34 § 3.)

[2]) Vgl. Entsch. d. O. L. G. Dresden v. 9. 7. 62 in Goldschmidts Zeitschrift Bd. IX S. 160. Ortmann in Schwartzes Ger. Z. S. 29.

[3]) Überhaupt dürften Erwägungen wie die, dass die Bücher, falls ihre Wegnahme straflos bliebe (vgl. R. G. v. 24. Okt 1894), jederzeit wie herrenlose Sachen dem Zugriff beliebiger Dritter preisgegeben seien, nicht zu der Absicht verleiten, auf jeden Fall einen Zusammenhang mit dem Tatbestande des § 242 Str. G. B. ausfindig zu machen. Als ob nicht durch die Bestimmungen über Hausfriedensbruch (§§ 123 fg.), Sachbeschädigung (§ 303), Nötigung (§ 240), Erpressung (§ 253 fg.) oder räuberische Erpressung in hinreichender Weise der Wegnahme gesteuert würde (Schneider S. 64. 65. Doerr S. 59 Gnuse S. 64).

[4]) Vergl. die Komm. von Gaupp-Stein, Wilmowsky-Levy, Seuffert zu § 821 C. P. O. Mandry S. 337, Pr. Gesch. Anw. f. Gerichtsvollz. § 67 Abs. 2 Satz 2. A. M. allein bezüglich der Realisierung des Pfandrechts Struckmann-Koch zu § 821 C. P. O.

in Betracht. (§§ 398 fg. B. G. B.) Allerdings mit einigen Abweichungen, die aber nicht in der eigentümlichen Natur des Sparkassenbuches als solchen, sondern in dem Charakter des Buches als Wertpapier überhaupt ihre Erklärung finden. Etwaige vorhergehende Benachrichtigungen durch den Gläubiger über Abtretung der Forderung kann die Sparkasse unbeachtet lassen, solange nicht die Urkunde vorgezeigt wird. Die Sparkasse ist weiter aller Zweifel überhoben, die ganz allgemein bei Mitteilungen zu entstehen pflegen, bis zu dem Augenblick, wo ihr das Buch zur Zahlung vorgelegt wird. Und dass dadurch auch für das Interesse z. B. des Cessionars, welcher das Buch in seinen Gewahrsam bekommen hat, in hinreichender Weise gesorgt ist, weil der Schuldner nur durch Leistung an den mit der Urkunde sich Präsentierenden befreit wird, bedarf keiner weiteren Erwähnung. Endlich, dass der Schuldner bei der Leistung die Abtretung kannte (§ 407 Abs. 1 B. G. B.), diese Behauptung und dieser Beweis muss dem neuen Gläubiger erspart bleiben.

Die Verpfändung des Sparkassenguthabens erfolgt nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften in Verbindung mit der Anzeige an die Sparkasse. (§§ 1274, 1280 B. G. B.) Die Befriedigung geschieht auf zweifache Art: erstens, wenn die verpfändete Forderung ganz oder zum Teil fällig ist (§ 1228 Abs. 2 B. G. B.) durch Einziehung, jedoch nur insoweit, als diese Forderung zur Befriedigung des Pfandgläubigers erforderlich ist (§ 1282 Abs. 1 B. G. B.). Zweitens auf Grund eines vollstreckbaren Titels nach den für die Zwangsvollstreckung massgebenden Vorschriften. (§§ 1282 Abs. 2, 1277 B. G. B.) Mithin durch Pfändung und Ueberweisung der Forderung an Zahlungsstatt zum Nennwerte oder zur Einziehung. (§ 835 Abs. 1 C. P. O.) Nach § 836 Abs. 2 C. P. O. ist der Schuldner verpflichtet, die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben, unter Umständen im Wege der Zwangsvollstreckung, also durch Wegnahme von Seiten des Gerichtsvollziehers. Da aber einerseits § 821 C. P. O. nur für Inhaberpapiere Geltung hat, andererseits es leicht dahin kommen kann, dass der Schuldner durch unbefugte Abhebung von Sparkassengeldern — nach der Formulierung des § 829 C. P. O. kann das leicht ein-

treten — die Befriedigung des Pfandgläubigers vereiteln würde, erscheint es angebracht, eine Analogie des § 831 C. P. O. zuzulassen und auch die Sparkassenbücher der Vorschrift des § 831 C. P. O. mit zu unterwerfen. (Derselben Ansicht Brunner, S. 184 Anm. 33. Schneider S. 36 fg.)

Zu erwähnen wäre weiter der Fall der Abtretung eines Teilbetrages des Sparkassenguthabens. Mit Abschluss des abstrakten Abtretungsvertrages wird der Cessionar Gläubiger des Teilbetrages, und damit gebührt ihm auch der Teil des Sparkassenbuches, welcher der abgetretenen Teilforderung entspricht. (Vergl. die Ausführungen S. 61.) Da aber nur eine Urkunde vorhanden ist, steht die Urkunde dem Cedenten und dem Cessionar gemeinsam zu. Dieser Zustand muss, wenn der eine von beiden seinen Teil weiter verpfänden oder abtreten will, lästig wirken, weil sich doch jeder Dritte vorsichtiger- aber auch natürlicherweise das Buch über seinen Anteil herausgeben lassen wird. Das Miteigentum des Cedenten und Cessionars ist nicht die sogen. Gemeinschaft zur gesamten Hand[1]), deren Wesen nur aus den vom Gesetz nach dem Prinzip der gesamten Hand besonders geregelten Rechtsinstituten der allgemeinen Gütergemeinschaft (§§ 1438 fg. B. G. B.), der fortgesetzten Gütergemeinschaft (§§ 1483 fg.), der Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 fg.), der Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549 fg.), der Miterbengemeinschaft[2]) (§§ 2032 fg.) und besonders der Gesellschaft (§§ 705 fg.) abgeleitet werden kann[3]). Das Charakteristische des letzteren Instituts fehlt bei dem vorliegenden Miteigentum, nämlich die durch Vertrag bewirkte enge Zusammenschliessung mehrerer Personen, welche sich gegenseitig verpflichten, die Erreichung eines gemeinsamen Zieles zu fördern, was weiter zur Folge hat, dass jeder Einzelne im Interesse der Übrigen und zur Erreichung des Gesellschaftszweckes gebunden, in der Verfügung über seinen Anteil am Ganzen

[1]) Eine Begriffsbestimmung fehlt im Gesetz, sollte auch nicht gegeben werden. (Komm. Prot. II S. 2496. 2497.)

[2]) Planck Vorbemk. II 1 vor §§ 705 B. G. B. Goldmann und Lilienthal Anm. 6 zu § 201 Bd. I.

[3]) Aus naheliegenden Gründen bleiben diese Bestimmungen bis auf die Vorschriften über die Gesellschaft ausser Betracht.

und über seinen Anteil an einzelnen Bestandteilen beschränkt ist und nicht einseitig Teilung des Gesellschaftsvermögens beanspruchen darf (insbesondere § 719 B. G. B.). Kommen aber für das vorliegende Miteigentum die Grundsätze über die Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht in Frage, so liegt nur eine tatsächliche Gemeinschaft nach Bruchteilen im Sinne der §§ 741 fg. B. G. B.[1]), bei welcher die von vornherein bestimmten Anteile eines jeden Teilhabers an dem gemeinschaftlichen Gegenstande nicht dinglich gebunden sind, vielmehr ein jeder Anteil als ein selbständiges Recht behandelt wird, über welches der Berechtigte frei ohne Rücksicht auf die Übrigen verfügen darf. Gemäss § 749 ist den Beteiligten ermöglicht, das zwischen ihnen bestehende Gemeinschaftsverhältnis jederzeit zur Auflösung zu bringen. Dass dies nicht durch Teilung in Natur erfolgen kann (§ 752 B. G. B.), dass ebenso der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf ausgeschlossen ist — der Wert des Buches ist gleich fast Null — braucht nicht weiter erwähnt zu werden. Den Ausweg bietet analog den Bestimmungen über den Teilhypothekenbrief (§ 1152 B. G. B.) die Ausstellung eines weiteren Teilsparkassenbuches. Auf Antrag des Cedenten stellt die Sparkasse für den Cessionar ein neues Buch aus. Diesem Antrage wird die Sparkasse stattgeben, weil, wie früher gezeigt, die einzelnen eingetragenen Summen ihren selbständigen Charakter nicht verloren haben, und weil der Cedent nach § 402 B. G. B. zur Tragung der diesbezüglichen Kosten als verpflichtet anzusehen sein wird. Dem Cessionar auf Grund des § 403 B. G. B. die Kosten aufzubürden, wie es Schwartz S. 33 empfiehlt, hiesse den Cessionar mit Unrecht belasten.

[1]) Deutlicher war die Fassung des § 762 Abs. 1 E. I, nach welchem, sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt, Gemeinschaft nach Bruchteilen angenommen werden sollte. Die Vorschrift des § 741 B. G. B. ist zwingender Natur (vgl. Komm. von Planck, Oertmann, Neumann und Kuhlenbeck zu § 741). Nur unter Beobachtung der im § 705 B. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann ein anderes Miteigentum als das nach Bruchteilen im Sinne der §§ 741 B. G. B. geschaffen werden.

Denn es ist doch ein Unterschied, ob der bisherige Gläubiger zur Ausstellung, Auslieferung und Neubeschaffung von Urkunden gezwungen werden darf, welche dem neuen Gläubiger erst ermöglichen das ihm abgetretene Recht geltend zu machen, oder ob der neue Gläubiger von dem bisherigen Gläubiger die Vornahme einer Handlung verlangt, welche das vorausgegangene Rechtsgeschäft d. i. die Abtretung nicht mehr berührt und dem neuen Gläubiger nur ein weiteres über den Umfang der Cession hinausgehendes äusseres Zeichen — die öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung des § 403 B. G. B. — seiner Gläubigereigenschaft geben soll.

Für den Fall der Abtretung im Wege des Kaufes greift noch § 437 Abs. 1 B. G. B. Platz. Der Verkäufer hat dem Käufer gegenüber auch für den rechtlichen Bestand des Sparkassenguthabens einzutreten. Als massgebender Zeitpunkt kommt der Abschluss des Kaufvertrages in Betracht. (Planck Bd. II S. 234.) Der Verkäufer hat auch dafür einzustehen, dass das Sparkassenbuch nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist, mit Rücksicht auf die einschneidende Bedeutung der Kraftloserklärung für den Bestand der mit dem Buche verknüpften Berechtigung. Aber auch die Vorschriften der §§ 459 fg. B. G. B. haben nicht unerwähnt zu bleiben, auch wenn diese Fälle nur selten eintreffen werden. Der Verkäufer hat dafür zu haften, dass das dem Käufer übergebene Sparkassenbuch nicht mit Fehlern behaftet ist, die seinen Wert und seine Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauche aufheben oder mindern könnten. (Dernburg Bd. II § 182 VI Anm. 2.)

Was die Niessbrauchsbestellung an einem Sparbuche anlangt, so kommen nicht die speziell für Inhaber- und Ordrepapiere mit Blankoindossament bestimmten §§ 1081—1084 B. G. B. zur Anwendung. Die Bestellung erfolgt vielmehr gemäss § 1069 B. G. B. nach den für die Uebertragung des Rechtes geltenden Vorschriften, mit anderen Worten durch Abtretung des Sparguthabens. Die weiteren über Forderungsabtretungen handelnden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung. § 1070 verweist auf die §§ 404—411 B. G. B., insbesondere § 407, sodass der Niessbraucher eine nach der

Niessbrauchbestellung an den Gläubiger bewirkte Leistung gegen sich gelten lassen müsste, sofern nicht der Schuldner bei der Leistung die Bestellung des Niessbrauchs gekannt hätte. Nach § 1071 ist zur Aufhebung des Guthabens die Zustimmung des Niessbrauchers einzuholen, welche sich bald als Einwilligung, bald als Genehmigung darstellen wird (§§ 183, 184 B. G. B.). Da sich das Guthaben als eine auf Zinsen ausstehende Forderung darstellt, bleiben die §§ 1074, 1075 B. G. B. ausser Ansatz; an ihre Stelle treten die §§ 1076 fg. Nach diesen Vorschriften sind die dem Niessbraucher eingeräumten Rechte insoweit erheblich eingeschränkt, als er nicht allein zur Einziehung der Forderung und zur Kündigung berechtigt ist. Nur der Eigentümer und der Niessbraucher gemeinschaftlich können Kündigungen vornehmen; nur ihnen beiden gegenüber ist eine rechtsgültige Kündigung von Seiten des Schuldners möglich. Die Auszahlung des Guthabens muss an den Niessbraucher und den Eigentümer gemeinschaftlich erfolgen, wobei der Niessbraucher vermöge der ihm durch den Gläubiger eingeräumten Stellung die Art und Weise der Anlegung der ausgezahlten Beträge zu bestimmen vermag. Dass diese Bestimmungen eine Einschränkung der den Sparkassenverwaltungen eingeräumten Befugnisse enthalten — die Kasse wird durch Zahlung an den Präsentanten stets befreit —, unterliegt keinem Zweifel. Es muss deshalb der Kasse das Recht zugestanden werden, mit schuldbefreiender Wirkung Zahlung zu leisten, gleichgültig ob der Gläubiger die Zinsen einzieht, wozu er nicht berechtigt ist, gleichgültig auch, ob der Niessbraucher allein das Kapital einzieht und für sich verwendet, worauf dieser gleichfalls keinen Anspruch hat. Die Sparkasse kann sich allerdings gemäss § 826 B. G. B. schadensersatzpflichtig machen, wenn sie trotz Kenntnis der Bestellung des Niessbrauchs in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise den Niessbraucher um seine Zinsforderung bezw. den Gläubiger um seine Forderung bringt. Damit ist die analoge Anwendung der Niessbrauchsvorschriften für das Sparguthaben beendet. Die Bestimmungen der §§ 1081 B. G. B. beziehen sich wieder nur auf Inhaber- und Ordrepapiere mit Blankoindossament.

Eine Folge der scharfen Trennung von Sparbüchern und Inhaberpapieren ist auch, dass diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, denen ein den Schutz des gutgläubigen Erwerbers gebietendes Verkehrsinteresse zu Grunde liegt, auf Sparbücher nicht anwendbar sind. Die Besonderheit des § 935 Abs. 2 B. G. B. fällt fort. Der gutgläubige Erwerber kann nicht das Eigentum und das Forderungsrecht erwerben, wenn das Papier gestohlen, verloren oder sonst abhanden gekommen ist. An den Eigentumserwerb von Inhaberpapieren auf Grund guten Glaubens selbst bei unfreiwilligem Verlust knüpft auch § 1006 B. G. B. an, welcher auch bei Sparbüchern nicht in Betracht kommen darf. Nicht anders fällt die Entscheidung für § 1007 Abs. 2 B. G. B. Die dem früheren Besitzer gegenüber zu Gunsten des gegenwärtigen Besitzers aufgestellten gesetzlichen Vermutungen greifen nicht Platz. (Planck Anm. 3 b zu § 935 Dernburg Bd. 3 § 102 unter II; 3. Biermann Anm. 4 zu § 935. Goldmann und Lilienthal Bd. II Teil 3 zu § 17 Anm. 18.)

Hingegen sind die Sparbücher, was die Sicherheitsleistung anlangt, nicht von den Inhaberpapieren zu unterscheiden. Das Gesetz spricht in einer Reihe von Fällen von Sicherheitsleistung, sei es nun, dass es sich um künftige Befriedigung des Gläubigers handelt (§ 257, 258, 321, 509, 775, 843 fg. 1580, 1986), oder um den Schutz gegen Missbrauch der einem andern eingeräumten Benutzung, Verwaltung, Verfügungsgewalt über Vermögensstücke (§§ 1039 fg. 1051, 1391, 1668, 1844, 1986, 2128, 867 B. G. B.) oder um Abwendung der Ausübung von Rechten (Zurückbehaltungsrecht § 273 Abs 3; Pfandrecht des Vermieters und Verpächters §§ 562, 590). Nach § 232 Nr. 1 B. G. B. ist eine Sicherheitsleistung auch durch Hinterlegung von Geld und Wertpapieren vorgesehen. Es liegt nahe, Sparbücher, die ja Wertpapiere sind, als zur Sicherheitsleistung geeignet anzusehen, gerade weil in sehr vielen Fällen die Sparkassenforderungen auf einer gesicherten Basis beruhen und deshalb ganz besonders durch den Wert des zahlungspflichtigen Schuldners den Sicherungszweck zu erfüllen imstande sind. Gleichwohl, jedenfalls zu Unrecht, erklärt § 234 B. G. B. ausdrücklich, dass nur mit solchen Inhaberpapieren

Sicherheit geleistet werden darf, welche einen Kurswert besitzen und einer Gattung angehören, in welcher Mündelgeld angelegt werden kann; nebenher auch noch mit Ordrepapieren, die mit Blankoindossament versehen sind. Zum mindesten wäre wohl in sehr vielen Fällen die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung eines Sparbuches einer öffentlichen Sparkasse der Bestellung einer Hypothek, wenn das Grundstück an sich oder durch Belastung keine Sicherheit bietet, und der Stellung eines Bürgen vorzuziehen, dem nicht einmal gemäss § 773 B. G. B. die Einrede der Vorausklage abgeschnitten ist!

Ein weiteres Mittel zur Sicherung des Gegenanspruches des Schuldners und damit indirekt ein Zwangsmittel zur Verwirklichung seines Anspruches sieht das Gesetz im Zurückbehaltungsrecht vor. Aus der allgemeinen Fassung des § 273 B. G. B. folgt, dass jede Art von Leistung für die Zurückbehaltung geeignet ist. Ein Unterschied wird nicht gemacht, ob eine Sache Vermögens- oder Verkaufswert besitzt oder nicht (Dernburg Bd. II § 58. Seuffert Archiv 36 Nr. 2. Reichsgericht Bd. 14 S. 232). Neben Inhaber- und Ordrepapieren sind deshalb auch Sparkassenbücher ein geeignetes Objekt zur Zurückbehaltung; in gleicher Weise wie zur Hinterlegung. Die allgemeine Fassung des § 372 B. G. B., die Nebeneinanderstellung von Wertpapieren und Urkunden lässt nicht im Unklaren, dass jedes zum Beweise bestimmte Schriftstück als hinterlegungsfähig bezeichnet werden sollte (Rehbein Bd. II S. 309 Nr. 7). Dies entsprach auch der Absicht des Gesetzgebers. Durch die Ausdehnung der Hinterlegung auf jede Art von Urkunden sollte jeder Zweifel, zu dem der Begriff des Wertpapiers Anlass geben könnte, beseitigt werden (Mot. II S. 93, Koch, Geld- und Wertpapiere. 1889. S. 25 Anm. 75. Rassow und Küntzel Jahrgang 37 S. 102).

Auf Sicherung abzielenden Zwecken dient endlich noch die an vielen Gesetzesstellen (§§ 1642, 1653 und 1377, 1806 fg. B. G. B.) hervorgehobene mündelsichere Anlegung von Geldern. Im § 1807 werden in eingehender Weise die verschiedenen Arten der Anlegung aufgezählt, ohne dass eine den Erfordernissen des § 1807 nicht entsprechende Ver-

wertung andere als im Aufsichtswege zu verhängende Nachteile im Gefolge hätte (§§ 1815, 1837 B. G. B.). No. 4 des § 1807 B. G. B. erwähnt Wertpapiere lediglich mit der Einschränkung, dass sie vom Bundesrat zur Anlegung von Mündelgeldern für geeignet erklärt sein müssen. Da es sich an dieser Stelle doch nur ganz allgemein um Sicherung von Kapitalanlagen gegen etwaige Zahlungsunfähigkeit des Schuldners handelt, ist der Begriff des Wertpapiers in diesem § keiner engen Auslegung zu unterwerfen (Jacobi S. 18) und die Sparbücher müssten schon unter diese Bestimmung gezählt werden. Wenn weiter unten unter No. 5 inländische öffentliche Sparkassen gleichwohl besonders hervorgehoben sind, so geschieht dies, abgesehen davon, dass aus dieser Fassung kein Schluss auf eine vom Gesetzgeber beabsichtigte Verneinung der Wertpapiereigenschaft der Sparkassenbücher gezogen werden kann, u. E. lediglich deshalb, um auf die an einen öffentlichen Organismus angegliederten und unter öffentlicher Aufsicht stehender Sparkassenverwaltungen, die unzweifelhaft gerade zur Anlegung geringer Geldmengen geeignet sind, ganz besonders hinzuweisen (ebenso Planck Anm. c zu § 1808). Allerdings mit der einen Massgabe, dass auch sie landesrechtlich durch die zuständige Bundesstaatsbehörde für mündelsicher erklärt worden sein müssen. Wenn der Vormund bei Beginn seines Amtes im Vermögen des Mündels nicht mündelsichere Sparbücher vorfindet oder solche Wertpapiere dem Mündel später zufallen, so kann der Vormund nur aus besonderen nach Lage des Falles gegebenen Gründen vom Vormundschaftsgericht zu ihrer Hinterlegung angehalten werden (§§ 1814, 1816—18).

Von ganz besonderer praktischer Wichtigkeit wird das Sparbuch im Falle der §§ 701 fg. B. G. B.

Diejenigen, welche in dem Sparbuche nur eine Beweisurkunde sehen, legen dem Gastwirt, der gewerbsmässig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, ganz allgemein die Haftung für jeden Schaden in beliebiger Höhe auf, den der Gast durch Verlust oder durch Beschädigung seiner eingebrachten Sachen erleidet. Dem Gesetzgeber ist bewusst gewesen, dass diese Haftung bis zur höheren Gewalt eine ganz besondere Härte für den Gastwirt bedeutet. Er hat

deshalb die Bestimmung aufgenommen, dass bei Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten die Ersatzpflicht durch den Betrag von M. 1000,— ihren Höhepunkt erreichen sollte. Will man dieser besonderen Vorschrift gerecht werden und die bei strenger Durchführung des im § 701 aufgestellten Prinzips zu Tage tretenden Härten mildern, so müssen auch die Sparbücher, die nach den vorangegangenen Untersuchungen Rektawertpapiere sind, neben den Inhaberpapieren und Ordrepapieren mit unter den Begriff der Wertpapiere des § 702 B. G. B. gezählt werden. Die zu Gunsten des Wirtes eingefügte Vorschrift greift nicht Platz, wenn er das Sparkassenbuch in Kenntnis seiner Eigenschaft als Wertpapier zur Aufbewahrung annimmt, ferner wenn er seine Aufbewahrung ablehnt, endlich wenn ihm selbst oder seinen Leuten Vorsatz oder Fahrlässigkeit beim Abhandenkommen des Buches zur Last fallen. Die Berufung des Wirtes darauf, dass er bei Auswahl seiner Angestellten mit der erforderlichen Sorgfalt vorgegangen sei (§ 831 B. G. B.), befreit ihn nicht von seiner Haftung. Er hat im vollen Umfange den Schaden zu vertreten. (Planck No. 3 c zu § 702. Mot. II S. 589.)

Zum Schluss sei noch darauf hingewiesen, dass die Bestimmung des § 700 Abs. 2 B. G. B. für Sparkassenbücher nicht in Betracht kommt. § 700 Abs. 2 kann mit Rücksicht auf seine enge Verbindung mit dem Abs. 1 nur solche Wertpapiere voraussetzen, welche den vertretbaren Sachen gleichgestellt sind. Darüber lassen auch die Mot. II 577 fg. Prot. II 397. VI. S. 193 nicht im Unklaren, nach welchen „den im Depotgeschäft des Bankiers hervorgetretenen Missbräuchen Einhalt geschehen und dem Verwahrer die Berufung auf stillschweigende Aneignung der hinterlegten Papiere abgeschnitten werden sollte".

§ 9.

Verhältnis zwischen Sparkassenbuch und Sparkassen-Forderung.

In § 3 d. A. ist hervorgehoben worden, dass die Bestimmungen im Rechte der Schuldverhältnisse ausreichen, wenn sich das Sparkassenbuch in den Händen des bisherigen Gläubigers befindet, dass aber vom Gesetz eine besondere

Vorkehrung getroffen werden musste für den Fall, dass ein Unbeteiligter das Sparkassenbuch erlangt. Der Gesetzgeber hat also einen dinglichen Anspruch für den neuen Gläubiger, überhaupt für den Gläubiger schaffen müssen, um eine endgültige Trennung von Forderung und Buch zu verhindern. Und wenn solche Vorschrift geschaffen worden ist, dann muss sie auch unabänderlich sein. Von vornherein ist deshalb die von Planck und Biermann zu § 952 im Anschluss an Prot. S. 4581 aufgestellte Behauptung zurückzuweisen, dass § 952 B. G. B.:

> Das Eigentum an dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein steht dem Gläubiger zu: das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein.
>
> Das Gleiche gilt für Urkunden über andere Rechte, kraft deren eine Leistung gefordert werden kann, insbesondere für Hypotheken-, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe.

dispositiver Natur wäre. Denn das hiesse nichts weiter, als den ganzen Zweck, den eine derartige Bestimmung verfolgt, hinfällig machen.

Der Einwand, dass das Buch vielleicht als Autogramm einen hohen selbständigen Wert haben könnte, dass es mithin möglich sein müsste, an einer solchen Urkunde ein vom Gläubigerrecht getrenntes Eigentum zu begründen, ist nicht stichhaltig. Denn es gibt genügend Mittel, welche diesen Zweck erreichen helfen: Einmal der Verzicht auf das Forderungsrecht selbst, wozu sich der Gläubiger um so leichter bewegen lassen wird, je wertvoller das Buch im Vergleich zur Forderung ist. Ferner kann das Buch durch irgend einen Vermerk für die Geltendmachung unbrauchbar gemacht und durch ein neues Buch abgelöst werden.[1])

Diese Notwendigkeit einer besonderen Vorschrift erkannte man auch schon im früheren Recht, aber erst allmählich

[1]) Dies wäre übrigens der einzige denkbare Fall, wo u. E. eine Bestrafung wegen Diebstahls zu erfolgen hätte, wenn nämlich die Absicht des Wegnehmenden lediglich auf die Aneignung des Sparkassenbuches als solchen gerichtet wäre (vergl. Höltzenbein S. 15. Ausserdem R. G. i. Strfs. Bd. X S. 370).

drang die Ansicht durch, dass in diesem Punkte die Grundsätze des Erwerbes in gutem Glauben zu durchbrechen wären. Das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 26. Juni 1885 davon ausgehend, dass bei dieser Frage auf das persönliche Rechtsverhältnis zwischen Cedent und Cessionar keine Rücksicht genommen zu werden brauche, kommt zu dem Schlusse, dass ein selbständiges vom Forderungsrecht unabhängiges Eigentum an Legitimationspapieren möglich sein müsse. (Vergl. auch Rehbein Bd. II S. 760.) In ähnlicher Weise spricht es noch, wenn es an die Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 26. Februar 1866, 14. Februar 1870, Striethorst Archiv 77 S. 742. R. O. H. G. Bd. III S. 159, Bd. VI S. 198, Bd. XVIII S. 12, hinsichtlich der Möglichkeit einer selbständigen Veräusserung und Verpfändung des Hypothekenbriefes anknüpft. Doch schon in R. G. Bd. IV S. 141 Bd. X S. 40, Bd 16 S. 170, Bd. 21 S. 360 tritt die entgegengesetzte Meinung hervor, die Dernburg (Pr. Pr. Bd. II § 84) in die Worte fasst:

> Wissenschaft wie Rechtbesprechung haben den Gedanken der Zusammengehörigkeit mehr und mehr zur endgültigen allgemeinen Anerkennung gebracht.

Für das heutige Recht gibt, wie schon erwähnt, die erwünschte Lösung der § 952 B. G. B.

Der Absatz 1 des § 952 B. G. B. beschäftigt sich mit dem über eine Forderung ausgestellten Schuldschein. Schuldschein ist weiter nichts als eine Urkunde für eine eingegangene Verpflichtung. Er soll das Entstandensein und noch Fortbestehen eines Schuldverhältnisses nach aussen darstellen und gegebenenfalls im Laufe eines Prozesses als Beweismittel dienen.

Es liegt nahe, an dieser Stelle mit dem Zubehörbegriff zu operieren. In der Tat konnte im Pr. Rechte (I, 2 §§ 67, 68, 71), das ja auch ein Eigentum an einer Forderung anerkennt, ohne weiteres von der Zubehöreigenschaft des Schuldscheines in Beziehung zur Forderung gesprochen werden. (Vergl. Striethorst Archiv Bd. 47 S. 149, Bd. 70 S. 312, R. G. i. Strafs. Bd. VII S. 361.) Im heutigen Rechte hingegen kommen bewegliche Sachen als Zubehör nur von körperlichen Gegenständen in Frage. (Vergl. § 97 B. G. B.)

Dadurch ist jede Möglichkeit genommen, den Schuldschein als Zubehör seiner Forderung zu bezeichnen, wenn auch unzweifelhaft der Schuldschein wenigstens technisch das Schicksal von Zubehörstücken teilt und in jeder Hinsicht den über die Forderung getroffenen rechtlichen Verfügungen mit unterliegt. (Vergl. Kuhlenbeck zu § 952.)[1])

Der Absatz 2 des § 952 B.G.B. nimmt den im Absatz 1 ausgesprochenen Gedanken auf und stellt den über eine Forderung ausgestellten Schuldscheine die Urkunden über andere Rechte gleich, auf Grund deren eine Leistung gefordert werden kann. Weil zu Ende des Absatz 2 insbesondere auf Hypotheken- und Grundschuldbriefe hingewiesen ist, also auf Urkunden, welche an ein dingliches Recht sich anlehnen, meint Schwartz S. 29 auf der einen Seite einen Gegensatz zwischen Abs. 1 und Abs. 2 durch Gegenüberstellung von obligatorischen und dinglichen Ansprüchen, auf der anderen Seite eine Gleichstellung insoweit herauslesen zu können, als in beiden Absätzen neben blossen Beweisurkunden auch Wertpapiere zu verstehen seien. Dies ist jedoch nicht der Fall. Dem Gesetz ist es wenigstens an dieser Stelle gleichgültig, ob die Urkunde an einen obligatorischen oder dinglichen Anspruch anknüpft Das Gesetz geht von einem anderen Gesichtspunkte aus: Im Absatz 1 wird nur von einer Beweisurkunde gesprochen, kraft deren man, wie auch Schwartz zweifelsohne zugeben wird, noch keine Möglichkeit hat, eine Leistung zu beanspruchen, und die weder für die Übertragung, noch auch für die Ausübung des Rechtes von materieller Bedeutung ist. Absatz 2 zieht weitere Kreise heran und sucht mit der im Absatz 1 genannten Beweisurkunde im Zusammenhang zu bleiben – das deuten die Worte „das Gleiche gilt“ an – . Auf der anderen Seite nennt Abs. 2 Urkunden, die neben ihrer Eigenschaft zum Beweise zu dienen, auch noch zur Geltendmachung der Forderung notwendig sind. Solche Urkunden sind insbesondere die Hypothekenbriefe, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe.

[1]) Auch Gierke (Deutsches Privatrecht S. 83. Anm. 61 S. 105, 521 d) weist darauf hin, dass die Urkunde zu sachenrechtlicher Unselbständigkeit herabsinkt.

welche, wie früher erörtert, die spezifischen Merkmale von Wertpapieren aufweisen. Da weiter für Inhaber- und Ordrepapiere besondere Vorkehrungen nicht mehr getroffen zu werden brauchten, bleiben nur noch Rektawertpapiere übrig[1]). Das Sparkassenbuch ist nach unseren früheren Darlegungen ein Rektawertpapier: es wird mithin von der Bestimmung des Absatz 2 des § 952 B. G. B. miterfasst. Es teilt in jeder Beziehung das Schicksal der Forderung und stellt somit im wahren Sinne ein Beibuch der Forderung dar. (Genossenschaftsblätter 1903 S. 244. Strohal im Recht Bd. VII (1901). Gruchot Bd. 31 S. 842.) Dieses Ergebnis trifft sich mit den Motiven Bd. III S. 745 zu E. I § 1109, wenn dort auf die notwendige Erweiterung des schon längst für den Hypothekenbrief allgemein anerkannten Prinzips hingewiesen wird.

Planck zu § 952 gibt, der geschichtlichen Entwickelung folgend, die Untrennbarkeit wenigstens für Hypothekenbriefe zu. Er setzt sich also mit dem Wortlaute des Gesetzes in Widerspruch, wenn er für Schuldscheine das Prinzip durchbrochen sehen will, und rechtlich den Erwerb im guten Glauben zulässt. (Ebenso Prot. Bd. III S. 4578 fg.) Da er aber weiter gesteht, dass die tatsächlichen Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs „kaum jemals" vorhanden sein werden, so dürfen wir wohl auch Plancks Ansicht als mit der unsrigen dem Erfolge nach übereinstimmend mit verwerten.

Ob es sich also um Abtretung oder Verpfändung der Sparkassenforderung handelt, das Buch folgt stets der Forderung; gilt es doch wiederum den Satz „das Recht eines Dritten an der Forderung erstreckt sich auf den Schuldschein" analog anzuwenden. Auch ohne Übergabe des Buches wird das Buch dem Pfandnexus unterworfen. Von jedem Unbeteiligten darf der Gläubiger mit der Eigentumsklage oder der Pfandrechtsklage das Buch herausverlangen. (Dernburg B. R. Bd. III zu § 952 S. 25.)

Dass das Buch bei den oben erwähnten Rechtsgeschäften von vornherein mit übergeben werden muss, ist nicht notwendig, wenn es auch in den meisten Fällen geschehen

[1]) Vergl. Planck, Biermann, zu § 952 B. G. B. Prot. Bd. III S. 645.

wird. Staub W. O. Zus. z. I. Abschn S. 17. Staub, Komm. z. H. G. B. Einl. zu § 222 Anm. 2. Dernburg Pr. Priv. R. II § 272 weisen allerdings darauf hin, dass die §§ 1292, 1293 B. G. B. in Verbindung mit Denkschrift S. 138 darauf hindeuteten, dass zur rechtsgiltigen Abtretung von Rektawertpapieren - - die Namensaktie wird als Beispiel genannt — ausser der Abtretung noch die Uebergabe der Urkunde erforderlich sei, in gleicher Weise, wie bei den Indossablen und Inhaberpapieren. Dieser Ansicht lässt sich aber nicht beitreten. § 1293 B. G. B. kann von vornherein zum Beweise nicht herangezogen werden, weil dort nur Inhaberpapiere erwähnt werden, deren Eigentümlichkeit eben darin besteht, dass sie sowohl bei Abtretung wie auch bei Verpfändung in jeder Beziehung den für bewegliche Sachen massgebenden Grundsätzen folgen. Auch § 1292 B. G. B. lässt keinen weiteren Schluss zu, denn einmal werden die in blankoindossablen Papiere wie in vielen Fällen so auch hier den Inhaberpapieren gleichgestellt (vergl. R. G. Bd. 15 S. 84).

Dann aber auch ist die für indossable Papiere gesetzlich vorgeschriebene Übertragungsform (Artikel 11 bis 14 W. O.) — die Verpfändung in Form des fiduciarischen Voll- oder Blankoindossaments ist ausreichend (vgl. Biermann Anm. 1 zu § 1292 B. G. B. Jacobi S. 254) — ohne eine gleichzeitige Übergabe der Urkunde gar nicht denkbar. Endlich fallen, wie mit Recht übereinstimmend angenommen wird, die indossablen Papiere nicht unter die Vorschritt des § 952 B. G. B., ein Beweis dafür, dass besondere Vorkehrungen nur für Rektawertpapiere getroffen zu werden brauchten.

Die Unhaltbarkeit der Ansicht, dass eine Trennung von Forderung und Urkunde möglich sein müsse, ergibt sich noch aus folgenden Gründen:

Auf die scheinbar rechtlich mögliche Übertragung des Buches zu Eigentum soll erst eingegangen werden, nachdem die Verpfändung des Buches als solche näher beleuchtet worden ist. Das eine ist klar, dass das Sparkassenbuch für die Beteiligten von Wert und Wichtigkeit ist; jedoch eben nur für diese. Wollte man einem Dritten das Buch selbständig verpfänden, so wie etwa jede andere bewegliche Sache, so müsste diesem Dritten zur Sicherheit für seine

Forderung das dingliche Recht an der Urkunde eingeräumt werden, seine Befriedigung aus der Substanz der Urkunde selbst zu verlangen. (Vergl. § 1. I. 20 A. L. R. § 1204 B. G. B.) Das Objekt des Pfandbesitzes soll haften. Der Wert der Pfandsache soll dem Werte der Forderung entsprechen. Das beweist die Entstehungsgeschichte des Pfandrechtsbegriffs. Man verfolge nur die Entwickelung des heutigen Pfandrechts, wie ursprünglich der Schuldner dem Gläubiger eine Sache durch mancipatio oder in jure cessio zu Eigentum übertragen musste, mit der eigentümlichen fiducia-Klausel. Wie später durch Fortbildung des dem Verpächter eines Feldgrundstückes gewährten interdictum Salvianum, der actio Serviana und actio quasi Serviana oder actio in rem hypothecaria und actio in rem pigneraticia dem Pfandgläubiger, wenn er nicht von vornherein den Pfandgegenstand im Besitze hatte, neben dem dinglichen Klagerechte auf Herausgabe des Pfandgegenstandes als wichtigste Befugnis das Recht eingeräumt wurde, sich durch Verwertung des Gegenstandes für seine Forderung zu befriedigen (ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur (l. 4 D. d. p. a. (13,7). Nach dieser Hinsicht war die unter dem Einfluss des griechischen Rechts aufgenommene hypotheca dem pignus gleichgestellt[1]), welches nach seiner ethymologischen Abstammung von pangere, d. i. befestigen, die Sicherung eines rechtlichen Interesses durch Haftung eines, ausserhalb desselben stehenden und dem Schuldner sofort entzogenen, Wertes bezweckte. (Dernburg 5. Aufl. Pandekten Bd. I § 261 S. 653. Manigk: Pfandrechtliche Untersuchungen, 1904 Breslau, Heft 1 S. 6, 23.) Man ziehe weiter den § 1229 B. G. B. in Betracht mit seinem Verbote der lex commissoria, mit der Nichtigkeitserklärung jedes Vertrages, durch den vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung dem Pfandgläubiger das Eigentum an dem Pfandgegenstande zugesprochen wird (vergl. noch Motive Bd. III S. 817. Prot. S. 4203. E. I § 1165). Ebenso das durch §§ 1231 fg. B. G. B. jedem einzelnen Pfand-

[1]) Vergl. Marcian in l. 5 § 1 D. de pign. (20,1) „inter pignus et hypothecam tantum sonus differt“ oder § 7 J. de act. 4, 6 „inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam attinet, nihil interest“.

gläubiger eingeräumte Verwertungsrecht, was doch nur als ein Schritt weiter in der Fortentwickelung gegenüber dem im römischen Recht nur dem im Rang vorstehenden Pfandgläubiger gewährten Verkaufsrechte (Dernburg Pandekten Bd. I § 289) zu deuten ist.

Wollte man diese Befugnis nicht als wichtige, ja sogar als wichtigste des ganzen Pfandrechts betrachten und behaupten, dass das Pfandrecht seine Eigenart bewahre, auch wenn die Verkaufsbefugnis gegenstandslos werde und nur das Besitz- und Zurückbehaltungsrecht übrig bleibe (vergl. R. O. H. G. Bd. III S. 153, 158. Bd. IV. S. 195. Bd. 18 S. 2 R. G. Bd. 29 S. 300), so hiesse das nichts anderes, als einer Anschauung sich anschliessen, welche vom Standpunkte des heutigen Rechts als längst überholt anzusehen ist[1]). Das wäre ebenso unrichtig, wie selbst dann noch von „Niessbrauch" zu sprechen, wenn dem Niessbraucher von Anfang an sein wertvollstes Recht, die Nutzungen der Sache zu ziehen, (§ 1030 B. G. B.) genommen würde. Dass das Sparkassenbuch Verkaufs- und Tauschwert nicht besitzt, dass sein Wert geradezu gleich Null ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Mithin ist das Sparkassenbuch als solches nicht verpfändbar. (Vergl. Exner S. 27 fg. Skonietzki bei Gruchot Bd. 27 S. 519. A. M. Hartmann Bd. 40 S. 259 fg.)

Nunmehr ist es nur noch ein Schritt vom Verpfänden zum Verkaufen des Buches. Welchen Sinn hätte das Buch für einen gutgläubigen Erwerber, welches in seinen Händen ohne gleichzeitiges Forderungsrecht keinen weiteren Wert als ein Stück beschriebenes Papier hat (Motive Bd. III S. 744). Wie eine Verpfändung rechtlich unmöglich und theoretisch unhaltbar, so ist auch der Verkauf des Buches praktisch zwecklos, kurz ein nonsens.

Also ist aus Vorstehendem gleichfalls ersichtlich, dass eine enge Verknüpfung des Sparbuches mit der Forderung nicht nur notwendig gewesen ist, sondern sogar in der Natur der Sache liegt.

[1]) Formulare bei Creditinstituten, welche für die Verpfändung von Sparkassenbüchern hergestellt werden, sind nicht nur zwecklos, sondern geradezu falsch. (Gen. Bl. 1903 S. 244.)

Lebenslauf.

Ich, Ernst Tichauer, bin am 26. Dezember 1882 in Bogutschütz, Kreis Kattowitz, O.-Schles., als Sohn des Kaufmanns Louis Tichauer und dessen Ehefrau Fanny geb. Boss geboren. Ich bin jüdischer Konfession und preussischer Staatsangehöriger. Bis zum Jahre 1902 besuchte ich das Gymnasium in Kattowitz O.-Schles. Nach bestandenem Abiturientenexamen wandte ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften zu, studierte an den Universitäten Freiburg i. Br. (1 Semester), Berlin (1 Semester), München (1 Semester) und Breslau (3 Semester) und hörte während dieser Zeit Vorlesungen der Herren Professoren:

Beyerle, Birkmeyer, Brie, Brunner, Dahn, Eisele, Engelmann, Fischer, Gierke, Gretener, Hedemann, Jastrow, Jörs, Kleineidam, Klingmüller, Kohler, Leonhard, v. Liszt, Muther, Rosin, Sombart, v. Schulze-Gaevernitz, Schmidt, Wagner und Wolf,

denen ich allen an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank ausspreche.

Am 10. Juli 1905 bestand ich am Königl. Oberlandesgericht in Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 18. Juli 1906 das examen rigorosum.

Im Vorbereitungsdienst war ich bei dem Königl. Amtsgericht in Tost, O.-Schles. und dem Königl. Landgericht in Görlitz beschäftigt. Zur Zeit bin ich der Königl. Staatsanwaltschaft in Görlitz überwiesen.